

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Les recours des tiers payeurs

Fosseprez, Bérénice

*Published in:*

Métamorphoses de la subrogation

*Publication date:*

2018

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Fosseprez, B 2018, Les recours des tiers payeurs: approche transversale. Dans *Métamorphoses de la subrogation* . VOL. 181, CUP, Anthemis, Limal , p. 101-158.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# 4

## LES RECOURS DES TIERS PAYEURS : APPROCHE TRANSVERSALE<sup>1</sup>

Bérénice FOSSÉPREZ

assistante à l'UNamur  
avocate au barreau de Bruxelles

### Sommaire

---

Introduction	102
Section 1	
La subrogation consentie à l'assureur privé	103
Section 2	
La subrogation consentie à l'assureur-loi	119
Section 3	
La subrogation consentie à la mutuelle	137
Conclusion	157

---

<sup>1</sup> Cette contribution constitue l'adaptation d'un rapport provisoire que l'auteure a consacré, aux côtés du Professeur Xavier Thunis, au droit belge de la subrogation dans le cadre d'un séminaire organisé conjointement par l'U.C.L. et l'Université Paris I et relatif à la transmission des obligations. L'auteure remercie chaleureusement les Professeurs Patrick Wéry et Patrice Jourdain, organisateurs de ce séminaire, de l'avoir autorisée à en reprendre les développements. Le rapport définitif sera prochainement publié aux éditions Larcier.

## Introduction

1. Synthétisant à grands traits l'histoire du paiement subrogatoire, Carbonnier relate que Pothier faisait dériver la subrogation de la loi d'amour qui veut que chacun – entendons le tiers payeur – vienne en aide à son prochain autant qu'il le peut sans se nuire à lui-même. Avec sagacité et humour, il observe qu'«à notre époque, les cas les plus pratiques de subrogation sont les subrogations légales des législations spéciales (assurance, Sécurité sociale), et il faudrait se forcer pour y mettre de l'amour»<sup>2</sup>.

À défaut d'amour ou de charité, ces subrogations spécifiques témoignent de l'attachement du législateur au principe indemnitaire ou, plus généralement, au principe de la réparation intégrale du dommage en vertu duquel la victime a droit à la réparation de *tout* le dommage mais *rien* que du dommage. La victime n'est donc pas autorisée à cumuler les indemnités perçues ensuite de l'intervention d'un ou de plusieurs tiers payeurs avec celles perçues d'un ou de plusieurs responsables. C'est pourquoi le législateur a prévu en faveur de ces tiers payeurs une subrogation spécifique, qui permet d'éviter que la victime ne s'enrichisse en cumulant le bénéfice de la prestation du tiers payeur et le montant de la créance qu'elle peut faire valoir vis-à-vis du tiers responsable, tout en évitant que le tiers responsable ne se procure un avantage illicite en se voyant déchargé des conséquences de sa responsabilité.

Parmi les nombreux tiers payeurs que compte notre droit (C.P.A.S., fonds d'indemnisation...), nous limiterons notre examen aux subrogations consenties à l'assureur privé (section 1), à l'assureur-loi (section 2) et à la mutualité (section 3). Afin d'appréhender ces subrogations de façon transversale, nous les présenterons au départ de l'identification des protagonistes (subrogeant, subrogé et tiers), de l'étendue du recours subrogatoire (assiette et objet), de l'opposabilité des exceptions (partage de responsabilités et transaction) et de l'existence d'un droit propre.

2. Certains ont qualifié ces subrogations spécifiques de «quasi-subrogation» au motif que le tiers payeur qui en bénéficie paye sa propre dette, si bien qu'une des conditions nécessaires à l'application de l'article 1251, 3°, du Code civil fait défaut. Certes, l'article 1251 du Code civil précise que «la subrogation a lieu de plein droit [...] 3° Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette avait intérêt à l'acquitter». D'autres estiment que le concept de «quasi-subrogation» résulte d'une compréhension trop restrictive de l'article 1251, 3°, du Code civil et qu'il convient d'«admettre que, chaque fois que la loi ou le contrat créent des “garants” de réparation, et que ces garants sont effectivement amenés à indemniser une victime, ils payent une dette qui, par hypothèse, n'est pas exclusivement leur propre dette : ils ne sont pas destinés, en effet, à en être les débiteurs finaux, même s'ils supportent

<sup>2</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, Droit civil, t. 4, 22<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2000, p. 593.

le risque de l'insolvabilité de celui sur qui, en toute rigueur, devrait finalement peser la réparation ou, à tout le moins, une partie de celle-ci»<sup>3</sup>. Par un arrêt du 24 juin 2013, la Cour de cassation a d'ailleurs décidé qu'en vertu de l'article 1251, 3°, du Code civil, «celui qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut prétendre bénéficier néanmoins de la subrogation légale s'il a, par son paiement, libéré à l'égard de leur créancier commun celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette»<sup>4</sup>.

La notion de «quasi-subrogation» est donc appelée à disparaître. L'article 293 de l'avant-projet de loi de réforme du Code civil<sup>5</sup> prévoit d'ailleurs que «La subrogation a lieu de plein droit : 1° au profit de celui qui s'acquitte d'une dette, s'il a, par son paiement, libéré, à l'égard du créancier, celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette». Aux termes de cet article, la subrogation a également lieu «5° dans tous les autres cas où la loi le prévoit». L'exposé des motifs confirme, si besoin en était, qu'il s'agit d'«un renvoi à toutes les hypothèses particulières dans lesquelles le législateur reconnaît au tiers payeur un recours subrogatoire» et que «le concept de “quasi-subrogation légale”, qui était critiqué, devient, désormais, une hypothèse de subrogation légale»<sup>6</sup>.

3. Si les subrogations consenties aux différents tiers payeurs qui retiendront notre attention dans les pages qui suivent s'inscrivent indéniablement dans le droit commun de la subrogation, elles révèlent un certain nombre de dérogations qui justifient qu'il soit fait état de «métamorphoses» de la subrogation.

## Section 1

### La subrogation consentie à l'assureur privé

4. L'article 95 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances (ancien article 41 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre) prévoit, en son alinéa 1<sup>er</sup>, que «L'assureur qui a payé l'indemnité est subrogé, à concurrence du montant de celle-ci, dans les droits et actions de l'assuré ou du bénéficiaire contre les tiers responsables du dommage».

<sup>3</sup> P.-H. DELVAUX, «La subrogation et la réparation du dommage», *R.G.A.R.*, 1994, n° 12.298, n° 10.

<sup>4</sup> Cass., 24 juin 2013, *Pas.*, 2013, p. 1436, concl. J. M. GENICOT.

<sup>5</sup> Avant-projet de loi portant insertion du Livre VI «Les obligations» dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017.

<sup>6</sup> Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion du Livre VI «Les obligations» dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017.



## A. Les protagonistes

### 1. Le subrogé

#### a) L'assureur intervenu dans le cadre d'une assurance indemnitaire

5. L'article 95 prend place dans le chapitre que la loi du 4 avril 2014 consacre aux « Dispositions propres aux assurances à caractère indemnitaire ». La subrogation que consacre cet article apparaît donc limitée aux assurances à caractère indemnitaire, à l'exclusion des assurances à caractère forfaitaire. Cela est confirmé par l'article 103 de la loi qui, au cœur du chapitre consacré aux « [d]ispositions propres aux assurances à caractère forfaitaire », précise que « [s]auf convention contraire, l'assureur qui a exécuté les prestations assurées n'est pas subrogé contre les tiers dans les droits du preneur d'assurance ou du bénéficiaire ».

Le législateur a donc réservé la convention contraire pour les assurances de personnes à caractère forfaitaire. Bernard Dubuisson et Vincent Callewaert qualifient cette réserve de curieuse dès lors qu'« elle rompt de manière inexplicable le lien entre la subrogation et le principe indemnitaire ». Ces auteurs sont d'avis que l'inscription d'une clause subrogatoire dans un contrat d'assurance de personnes indique que les parties ont entendu accorder à la prestation garantie un caractère indemnitaire et que le contrat perd son caractère forfaitaire<sup>7</sup>. Nous partageons ce point de vue.

#### b) L'assureur qui a payé l'indemnité

6. L'article 95 réserve la subrogation à « l'assureur qui a payé l'indemnité ». La question s'est posée de savoir si l'assureur est autorisé à se prévaloir de l'article 95 de la loi du 4 avril 2014 lorsqu'il a payé l'indemnité alors que celle-ci n'était pas due au regard du contrat d'assurance<sup>8</sup>.

Sous l'empire de la loi du 11 juin 1874 sur les assurances, dont le texte était sur ce point identique à celui de la loi du 4 avril 2014, la Cour de cassation a, dans un arrêt du 31 octobre 1991, répondu que « l'article 22, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 11 juin 1874 est d'application dès que l'assureur, qu'il y fût ou non obligé, a payé le dommage ; que cette disposition légale ne soumet en effet la subrogation de l'assureur qu'à la seule condition que le dommage ait été payé par l'assureur »<sup>9</sup>.

Examinant cet arrêt, Pierre Van Ommeslaghe estime que le texte spécial de l'article 22 de la loi du 11 juin 1874, devenu l'article 95 de la loi du 4 avril 2014,

ne permet pas d'expliquer la jurisprudence de la Cour de cassation et souligne qu'il faut une obligation née du contrat d'assurance pour que ces textes puissent jouer<sup>10</sup>. Jean-Luc Fagnart partage cet avis : « S'il n'y a pas d'assurance, il ne peut y avoir application de la règle spécifique organisant la subrogation de l'assureur »<sup>11</sup>. Indépendamment de la lettre du texte, Bernard Dubuisson et Vincent Callewaert s'étonnent que le législateur ait voulu faire profiter l'assureur d'une subrogation spécifique alors qu'il n'aurait pas respecté les conditions légales ou contractuelles de son intervention<sup>12</sup>.

7. Ces auteurs restent attachés au prescrit de l'article 1251, 3<sup>o</sup>, du Code civil qui requiert l'existence d'une dette. À l'appui de leur thèse, ils mobilisent un arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 2005<sup>13</sup> qui concerne la subrogation du Fonds commun de garantie belge, alors inscrite à l'article 50, devenu l'article 80, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances et aujourd'hui reprise à l'article 19bis-14 de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs. Dans cet arrêt, la Cour de cassation précise « qu'il suit des termes mêmes de cette disposition que la subrogation qu'elle institue en faveur du Fonds n'a lieu que dans les cas où celui-ci a réparé le dommage parce qu'il y était tenu en vertu de l'article 50, devenu 80, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 9 juillet 1975 ». Ceci la conduit à conclure « qu'en admettant que le défendeur peut se prévaloir de la subrogation prévue à l'article 50, devenu 80, § 2, de la loi du 9 juillet 1975 dans d'autres cas que ceux qui sont déterminés au premier paragraphe du même article, le jugement attaqué viole cette disposition légale ».

Les « autres cas que ceux qui sont déterminés au premier paragraphe » étant ceux où le Fonds n'est pas tenu à la dette, la décision de la Cour de cassation peut apparaître en contradiction avec l'arrêt précité du 31 octobre 1991. Il s'impose toutefois de constater que la disposition concernée par l'arrêt du 20 janvier 2005 contient un renvoi aux conditions légales d'intervention du Fonds que ne contient pas l'article 95 de la loi du 4 avril 2014. En effet, celui-ci se contente d'indiquer que « l'assureur qui a payé l'indemnité » est subrogé. L'arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 2005 nous paraît donc s'inscrire dans la droite ligne de celui du 31 octobre 1991, à savoir celle d'une interprétation littérale de l'article 95 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances.

8. Pierre Van Ommeslaghe et Cédric Eyben soulignent d'ailleurs que le législateur a choisi de fonder le recours de l'assureur sur le paiement subrogatoire en raison de l'efficacité et de l'utilité de cette institution et en concluent

<sup>7</sup> B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, « Les recours de l'assureur après indemnisation », in *La loi sur le contrat d'assurance terrestre : bilan et perspectives après 20 années d'application*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 144.

<sup>8</sup> Voy. notamment Civ. Mons, 1<sup>er</sup> février 2007, *J.J.Pol.*, 2008, p. 100, note C. EYBEN.

<sup>9</sup> Cass., 31 octobre 1991, *R.C.J.B.*, 1993, p. 571, note J.-L. FAGNART.

<sup>10</sup> P. VAN OMMESLAGHE, « Le paiement avec subrogation et le droit des assurances », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 113.

<sup>11</sup> J.-L. FAGNART, « La subrogation de l'assureur ayant payé un sinistre non couvert », note sous Cass., 31 octobre 1991, *R.C.J.B.*, 1993, p. 591.

<sup>12</sup> B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, « Les recours de l'assureur après indemnisation », *op. cit.*, p. 153.

<sup>13</sup> Cass., 20 janvier 2005, *Bull. ass.*, 2005, p. 683, *Pas.*, 2005, p. 156.



que l'assureur doit respecter l'ensemble des conséquences de celle-ci «à moins que la volonté contraire soit clairement affirmée»<sup>14</sup>. Tel est le cas en l'espèce, l'article 95 n'étant pas une simple redite de l'article 1251, 3°, du Code civil<sup>15</sup>. Il n'y a, par conséquent, aucune raison de limiter son champ d'application à l'hypothèse où l'assureur est «tenu [...] au paiement de la dette». Paul-Henry Delvaux juge d'ailleurs la solution consacrée par la Cour de cassation conforme aux exigences de la pratique, l'assureur n'ayant aucune obligation de soulever une cause de déchéance ou d'exclusion et le responsable d'un dommage n'ayant pas à s'ériger en juge de l'application que l'assureur fait de son contrat<sup>16</sup>.

Il convient toutefois de se demander si l'assureur qui a payé l'indemnité sans y être contractuellement tenu ne pourrait pas se voir privé du bénéfice de son recours subrogatoire au terme de l'opération visant à déterminer l'objet du recours. En effet, le tiers pourrait lui opposer que ces décaissements n'étaient pas justifiés... Il ne semble pas interdit au tiers de critiquer les décaissements effectués par l'assureur, bien que cette possibilité soit sérieusement restreinte dans les recours de l'assureur-loi et de la mutuelle, mais uniquement en raison du rôle d'intérêt général joué par ces tiers payeurs en matière de sécurité sociale.

Quoi qu'il en soit, refuser le recours subrogatoire à l'assureur qui a payé l'indemnité sans y être obligé contractuellement nous paraît dangereux au regard de l'objectif commun que poursuivent le principe indemnitaire et la subrogation. En effet, à défaut de subrogation au profit de l'assureur qui a payé la dette sans y être obligé contractuellement, l'effet translatif lié à la subrogation ne pourra pas jouer et le tiers responsable pourra échapper aux conséquences de sa responsabilité.

## 2. Le subrogeant

9. L'article 95 de la loi du 4 avril 2014 ne fait état de la subrogation de l'assureur que «dans les droits et actions de l'assuré ou du bénéficiaire». Permet-il la subrogation de l'assureur dans les droits de la victime? Si la subrogation dans les droits de l'assuré se justifie aisément dans les assurances de choses et les assurances de frais où l'assuré perçoit l'indemnité, elle est plus délicate dans les assurances de responsabilité où c'est la victime qui perçoit l'indemnité. C'est donc normalement dans les droits de celle-ci que l'assureur devrait être subrogé.

Cette difficulté est écartée si l'on considère qu'en payant la victime, l'assureur a désintéressé son assuré et qu'il se retrouve subrogé dans les droits de

<sup>14</sup> P. VAN OMMESLAGHE, «Les obligations : examen de jurisprudence (1974 à 1982)», *R.C.J.B.*, 1988, p. 118, n° 209, cité par C. EYBEN, «La subrogation légale de l'assureur qui a payé une dette sans y être obligé contractuellement», *J.J.P.*, 2008, p. 68.

<sup>15</sup> En ce sens, voy. J. WILDERMEERSCH et J. LÖLY, «La subrogation de l'assureur», in *Les recours de l'assureur*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 86.

<sup>16</sup> P.-H. DELVAUX, «La subrogation et la réparation du dommage», *op. cit.*, n° 48.

ce dernier pour réclamer la part qui incombe à chaque coauteur. Autrement dit, «l'assureur exercerait contre les coresponsables tenus *in solidum* le recours contributoire appartenant à son assuré»<sup>17</sup>.

Mobilisant l'article 1251, 3°, du Code civil, Bernard Dubuisson et Vincent Callewaert précisent que la subrogation de l'assureur dans les droits de la victime n'est pas pour autant interdite : elle pourrait précisément trouver son fondement dans cette dernière disposition et «permettrait à l'assureur d'exercer toutes les actions en responsabilité quasi délictuelle ou contractuelle dont [la victime] disposait à l'égard du tiers ou des tiers responsables sous la réserve que ce responsable ne soit pas son propre assuré»<sup>18</sup>.

10. Quelle que soit l'identité du subrogeant, celui-ci doit être attentif à la subrogation. En effet, l'article 95, alinéa 3, de la loi du 4 avril 2014 précise que «[s]i, par le fait de l'assuré ou du bénéficiaire, la subrogation ne peut plus produire ses effets en faveur de l'assureur, celui-ci peut lui réclamer la restitution de l'indemnité versée dans la mesure du préjudice subi».

## 3. Le tiers

### a) La notion de «tiers responsables du dommage»

11. L'article 95, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 4 avril 2014 restreint le recours subrogatoire de l'assureur aux droits et actions contre «les tiers responsables du dommage». Dans un arrêt du 21 octobre 2016, la Cour de cassation a précisé que «l'assureur qui est subrogé dans les droits de son assuré peut réclamer la restitution du montant de l'indemnité à un autre assuré qui est responsable du dommage lorsque le contrat d'assurance prévoit que l'assuré est un tiers quant au dommage qu'il a causé»<sup>19</sup>. Dans le cas soumis à la censure de la Cour, le contrat d'assurance incendie souscrit par une copropriété prévoyait en effet que «les copropriétaires sont considérés comme des tiers les uns vis-à-vis des autres et de la collectivité assurée». Dans la droite ligne de cette précision, il convient d'observer que l'article 95 interdit à l'assureur de se prétendre subrogé dans les droits de la victime contre son propre assuré. En effet, l'assureur qui souhaiterait réclamer à son assuré le remboursement de ce qu'il a payé en vertu du contrat est tenu d'introduire une action récursoire et, par conséquent, de respecter les conditions inscrites à l'article 152 de la loi du 4 avril 2014.

Ayant constaté que l'action récursoire consacrée par cette disposition est limitée aux assurances de la responsabilité, Etienne Demols propose, dans le cadre des assurances de choses, de mobiliser l'adage *fraus omnia corrumpit* pour autoriser l'assureur à se prévaloir de l'action subrogatoire vis-à-vis de son assuré auteur d'un sinistre intentionnel. Plus précisément, cet adage interdirait à l'as-

<sup>17</sup> B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, «Les recours de l'assureur après indemnisation», *op. cit.*, p. 155.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 156.

<sup>19</sup> Cass., 21 octobre 2016, R.G. n° C.16.0099.N.



suré copropriétaire de l'immeuble auquel il a bouté le feu de faire échec à l'action de l'assureur incendie subrogé dans les droits du copropriétaire indemnisé à concurrence de sa part dans le bien en excipant de la lettre de l'article 95 de la loi sur les assurances<sup>20</sup>.

12. L'article 95 prive également l'assureur de toute action contre l'assureur du tiers responsable et contre une personne à l'égard de laquelle son assuré disposerait d'un recours à un autre titre qu'une responsabilité. Pareille solution étonne dans la mesure où l'exposé des motifs de la loi du 25 juin 1992 – que l'article 95 de la loi du 4 avril 2014 reprend en substance – révèle que le législateur entendait reproduire le droit antérieur hérité de l'article 22 de la loi du 11 juin 1874<sup>21</sup>. Or, cet article ne comportait aucune restriction de cet ordre<sup>22</sup>. Celle-ci provient donc d'une inadvertance du législateur. Comme Pierre Van Ommeslaghe a eu l'occasion de l'expliquer, il n'est malheureusement pas possible de corriger le tir en interprétant le texte de loi conformément à l'intention exprimée par le législateur dans les travaux préparatoires. En effet, «[s]elon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, le texte clair de la loi doit nécessairement prévaloir sur les intentions exprimées lors de son élaboration»<sup>23</sup>. Le fait que le législateur n'ait pas saisi l'opportunité de la refonte de la loi du 25 juin 1992 dans la loi du 4 avril 2014 pour modifier la disposition légale semble d'ailleurs mettre un coup d'arrêt à toute tentative d'interprétation téléologique.

Dans les assurances de la responsabilité, qui reposent sur un transfert de la dette de responsabilité de l'assuré à son assureur, il est toutefois possible de justifier un recours subrogatoire contre l'assureur du responsable en assimilant ce dernier à un tiers responsable<sup>24</sup>. Cette proposition n'est toutefois qu'un pis-aller puisqu'elle ne concerne que les assureurs de la responsabilité. Bernard Dubuisson et Vincent Callewaert appellent, par conséquent, de leurs vœux une modification légale, tout en rappelant que l'assureur devrait pouvoir exercer son recours subrogatoire sur le pied de l'article 1251, 3°, du Code civil ou bénéficier d'une subrogation conventionnelle<sup>25</sup>.

À cet égard, le tribunal de première instance francophone de Bruxelles a considéré qu'«[E]n vertu de l'article 1251, 3°, du Code civil, l'assureur dégâts

matériels qui a indemnisé son assuré est légalement subrogé dans les droits de celui-ci à l'égard des assureurs de la responsabilité civile des autres véhicules impliqués, tenus à indemniser cet assuré sur la base de l'article 19bis-11, § 2, de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs»<sup>26</sup>.

L'article 1251, 3°, du Code civil a également été mobilisé afin de justifier le recours contributoire de l'assureur intervenu en cas de pluralité d'assurances indemnitaires (art. 99 de la loi du 4 avril 2014), les assureurs étant tenus *in solidum*<sup>27</sup>.

13. Concernant la possibilité d'agir contre l'assureur du tiers responsable, il semble que la Cour de cassation ne s'embarrasse pas de la limite imposée par l'article 95 de la loi du 4 avril 2014<sup>28</sup>. En effet, dans un arrêt du 19 juin 2009, elle a décidé que «l'assureur subrogé [dispose] d'une action directe tendant à l'indemnisation des dégâts causés par l'incendie contre l'assureur incendie du sous-locataire»<sup>29</sup>. Par un arrêt du 5 novembre 2012, elle a également autorisé le recours d'un assureur incendie à l'encontre d'un assureur responsabilité civile<sup>30</sup>. Un commentateur de ce dernier arrêt souligne toutefois qu'il doit être manié avec circonspection dans la mesure où «l'absence d'une motivation [...] étayée risque de pousser le lecteur à se perdre en conjectures»<sup>31</sup>.

Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation apparaît plus tatillonne pour ce qui est de l'action contre une personne tenue à un autre titre qu'une responsabilité. En effet, par un arrêt du 13 mars 2014, elle a décidé que «seuls la victime et ses ayants droit qui ont subi un dommage peuvent obtenir une indemnisation sur la base de l'article 29bis de cette loi. Un assureur ou assureur social qui n'est que subrogé dans les droits de la victime et ses ayants droit contre le tiers responsable, ne peut exercer un recours fondé sur l'article 29bis précité pour les paiements effectués à la victime et à ses ayants droit»<sup>32</sup>.

Un arrêt de la Cour constitutionnelle du 16 juin 2011<sup>33</sup> doit ici être mentionné. Il concerne un litige entre un assureur soins de santé privé ayant payé des frais médicaux à son assuré, piéton victime d'un accident de la circulation, et un assureur responsabilité civile tenu en vertu de l'article 29bis de la loi du

<sup>20</sup> E. DEMOLS, «Le recours subrogatoire de l'assureur contre son assuré, auteur d'un sinistre volontaire : les illusions perdues?», in *Questions choisies en droit des assurances*, Limal, Anthemis, 2016, p. 77.

<sup>21</sup> Projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1990-1991, n° 1586/1.

<sup>22</sup> Cette disposition précisait, dans un premier alinéa, que «L'assureur qui a payé le dommage est subrogé à tous les droits de l'assuré contre les tiers du chef de ce dommage, et l'assuré est responsable de tout acte qui préjudicierait aux droits de l'assureur contre les tiers».

<sup>23</sup> P. VAN OMMEFLAGHE, «L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 16 juin 2011 en matière de subrogation», obs. sous C.C., 16 juin 2011, *For. ass.*, 2011, p. 179.

<sup>24</sup> J.-L. FAGNART, *Traité pratique de droit commercial*, t. III, *Droit privé des assurances terrestres : Principes généraux*, 2<sup>e</sup> éd., Waterloo, Kluwer, 2011, p. 375.

<sup>25</sup> B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, «Les recours de l'assureur après indemnisation», *op. cit.*, p. 159.

<sup>26</sup> Civ. Bruxelles fr. (77<sup>e</sup> ch.), 26 avril 2016, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15.329.

<sup>27</sup> Sur cette question, J. ROGGE, «Pluralité de contrats d'assurance et application de l'article 45 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre», in *Recueil de jurisprudence. Responsabilités, assurances, accidents du travail*, vol. III, *Jurisprudence* 2013, Limal, Anthemis, 2015, pp. 61 à 69; J. WILDERMEERSCH et J. LÖLY, «La subrogation de l'assureur», *op. cit.*, p. 79.

<sup>28</sup> Th. MALENGREAU, «Le recours subrogatoire de l'assureur fondé sur l'article 41 de la loi du 25 juin 1992 et la délicate limite du "tiers responsable"», obs. sous Cass., 5 janvier 2012, *J.L.M.B.*, 2014, p. 848.

<sup>29</sup> Cass., 19 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1604.

<sup>30</sup> Cass., 5 novembre 2012, *J.L.M.B.*, 2014, p. 840, obs. Th. MALENGREAU.

<sup>31</sup> Th. MALENGREAU, «Le recours subrogatoire de l'assureur fondé sur l'article 41 de la loi du 25 juin 1992 et la délicate limite du "tiers responsable"», *op. cit.*, p. 849.

<sup>32</sup> Cass., 13 mars 2014, *R.G.* n° C.13.0392.N.

<sup>33</sup> C.C., 16 juin 2011, *For. ass.*, 2011, p. 176, obs. P. VAN OMMEFLAGHE.



21 novembre 1989. Sur la base de l'article 41, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, le premier réclamait au second le remboursement des frais médicaux payés à son assuré. L'assureur du conducteur du véhicule impliqué dans l'accident s'y opposait au motif qu'il n'était pas un tiers responsable au sens de l'article précité.

Après avoir été débouté en première instance, l'assureur du piéton a porté sa demande en appel devant le tribunal de première instance de Louvain qui, ayant constaté que l'assureur soins de santé privé ne peut, par le biais de l'article 41 de la loi du 25 juin 1992, se prévaloir de l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 pour réclamer le remboursement de ses dépenses<sup>34</sup> alors que d'autres tiers payeurs ont obtenu légalement cette possibilité, a posé à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle portant sur la compatibilité de l'article 41 de la loi du 25 juin 1992 avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

La Cour constitutionnelle a considéré que la différence de traitement repose sur une justification objective et raisonnable pour les raisons suivantes : « [c]ompte tenu de l'objectif du législateur, il est raisonnablement justifié que l'assureur soins de santé privé, contrairement à certains tiers-payeurs, ne soit pas légalement subrogé dans les droits de la victime d'un accident de la circulation à l'égard de l'assureur de la responsabilité du véhicule automoteur. Le législateur pouvait prévoir une possibilité de recours en faveur des organismes qui, en participant à la mise en œuvre de régimes obligatoires d'assurance maladie-invalidité ou d'indemnisation des accidents du travail, organisés par l'autorité publique, contribuent à la réalisation d'un objectif d'intérêt général et se distinguent par là des organismes d'assurance qui, comme en l'espèce, poursuivent des objectifs d'intérêt privé ». Au regard de cette justification, elle a également estimé que la différence de traitement n'était pas disproportionnée au motif que l'assureur soins de santé privé « a toujours la possibilité de se faire subroger conventionnellement dans les droits de l'assuré (art. 1250, 1<sup>o</sup>, du Code civil) ou de demander à l'assuré la cession de la créance (article 1690 du Code civil) »<sup>35</sup>. Conformément à l'arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 2013 cité dans l'introduction, l'assureur pourrait également s'appuyer sur l'article 1251, 3<sup>o</sup>, du Code civil.

Jean-Luc Fagnart estime cependant que la Cour constitutionnelle a répondu à une « fausse question » dans la mesure où le tribunal de première instance de Louvain est parti de « l'idée inexacte que l'article 29bis ne serait pas un régime d'assurance de responsabilité »<sup>36</sup>. L'auteur estime que le « tiers responsable » visé par l'article 95 de la loi du 4 avril 2014 doit être considéré

<sup>34</sup> En ce sens, voy. Civ. Anvers, 24 mars 2014, *C.R.A.*, 2014, liv. 6, p. 8, note J. MUYLDERMANS.

<sup>35</sup> Commentant cet arrêt, François Tulkens conseille aux assureurs de songer à ces possibilités légales et de les insérer dans leurs polices d'assurances : Fr. TULKENS, « L'incidence de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur le droit des assurances (1) », *Bull. ass.*, 2011, p. 260.

<sup>36</sup> J.-L. FAGNART, « Article 29bis. Vingt ans de controverses », in *L'assurance R.C. auto. Les 25 ans de la loi du 21 novembre 1989*, Limal, Anthemis, 2014, p. 73.

comme « toute personne tenue de réparer le dommage, quel que soit le fondement de cette obligation de réparation ». Pour cet auteur, la notion de tiers responsable ne devrait pas être limitée au tiers fautif mais également viser le débiteur d'une indemnité sur la base d'une responsabilité objective<sup>37</sup>. Il en déduit que la formulation de l'article 95 de la loi du 4 avril 2014 ne devrait pas permettre d'exclure la possibilité pour l'assureur direct intervenu au profit d'une victime d'un accident de la circulation d'exercer une action subrogatoire contre l'assureur de la responsabilité civile automobile intervenu sur le pied de l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989. Il souligne qu'il y va du respect du principe indemnitaire et constate en tout état de cause que la subrogation légale organisée par l'article 1251, 3<sup>o</sup>, du Code civil s'applique dès lors qu'en indemnisant la victime, l'assureur hospitalisation a également acquitté la dette de l'assureur R.C. auto du véhicule impliqué.

#### b) Les abandons de recours

14. L'originalité de la subrogation inscrite à l'article 95 de la loi du 4 avril 2014 réside incontestablement dans les abandons de recours inscrits à l'alinéa 4 en ces termes : « Sauf en cas de malveillance, l'assureur n'a aucun recours contre les descendants, les ascendants, le conjoint et les alliés en ligne directe de l'assuré, ni contre les personnes vivant à son foyer, ses hôtes et les membres de son personnel domestique ». S'ils constituent une limitation considérable à l'effet translatif de la subrogation<sup>38</sup>, ces abandons de recours sont justifiés par un principe de solidarité familiale selon lequel le subrogeant n'aurait vraisemblablement pas exercé de recours à l'encontre des personnes concernées.

L'alinéa 4 réserve l'hypothèse de la malveillance, ce qui signifie que le recours subrogatoire de l'assureur renaît « lorsqu'il ressort des circonstances que la personne immunisée a sciemment et volontairement porté préjudice à l'assuré »<sup>39</sup>. Conformément à l'alinéa 5, le recours subrogatoire de l'assureur renaît également lorsque la personne immunisée est couverte par une assurance responsabilité civile.

En raison du caractère impératif de l'article 95 de la loi, il n'est pas possible de restreindre la protection instituée par cette disposition en prévoyant un recours contre une des personnes y énumérées. En revanche, il est possible d'étendre la protection en l'accordant à d'autres personnes<sup>40</sup>. Les clauses

<sup>37</sup> En ce sens, voy. également B. DE CONINCK et N. SCHMITZ, « L'article 19bis-11, § 2, de la loi du 21 novembre 1989. L'obligation d'indemnisation automatique dans le cas d'un accident de la circulation sans responsabilité, impliquant plusieurs véhicules », *R.G.A.R.*, 2016/4, n<sup>o</sup> 15.285<sup>3</sup>.

<sup>38</sup> P.-H. DELVAUX, « La subrogation et la réparation du dommage », *op. cit.*, n<sup>o</sup> 50 ; P. BAYARD, « Clause d'abandon de recours et malveillance envers l'assuré », note sous Mons, 25 novembre 2014, *For. ass.*, 2015, p. 146.

<sup>39</sup> B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, « Les recours de l'assureur après indemnisation », *op. cit.*, p. 175.

<sup>40</sup> J. WILDEMEERSCH et J. LOLY, « La subrogation de l'assureur », *op. cit.*, pp. 67 et 68.



conventionnelles d'abandon de recours<sup>41</sup> se voient validées à condition qu'elles n'aboutissent pas à un enrichissement de l'assuré en lui permettant de cumuler la prestation de l'assureur avec l'indemnité due par le tiers<sup>42</sup>. Le principe indemnitaire, d'ordre public<sup>43</sup>, s'y oppose.

## B. L'étendue du recours

15. Le paiement subrogatoire emporte un effet translatif et un effet extinctif. En effet, il y a paiement d'une dette, et donc extinction de celle-ci, mais également transfert de la créance du subrogeant au subrogé. L'effet extinctif du paiement subrogatoire implique que le *solvens* n'est subrogé qu'à concurrence du montant qu'il a effectivement payé tandis que l'effet translatif implique qu'il n'a pas plus de droits que le subrogeant et ne peut donc réclamer au tiers davantage que ce à quoi le subrogeant aurait pu prétendre. L'étendue du recours suppose donc de comparer l'objet et l'assiette du recours, sachant que c'est le plus petit de ces montants qui pourra être récupéré par l'assureur.

### 1. L'objet du recours

16. L'objet du recours impose de tenir compte du montant des décaissements effectués par l'assureur. Ceux-ci sont toutefois fonction de la police d'assurance, si bien qu'il n'est pas possible d'en dresser un éventail. Dans le cadre d'une assurance de choses, les décaissements de l'assureur peuvent intervenir conformément à une transaction conclue avec son assuré et ainsi être révélateurs de concessions réciproques qui traduisent un écart avec les termes de la police d'assurance. Ces concessions réciproques conduiront vraisemblablement l'assuré à agir contre le tiers responsable afin d'obtenir la réparation de son dommage complémentaire.

En matière d'assurance de la responsabilité civile, la question d'une transaction ne se posera pas en termes d'« objet du recours » puisqu'il n'est pas question d'un recours subrogatoire contre l'assuré dont la responsabilité est couverte aux termes de la police. Pareil recours pourrait toutefois être envisagé en présence de codébiteurs responsables<sup>44</sup>. Signalons simplement, dans un autre registre, que les effets de la transaction conclue entre l'assureur et la personne lésée doivent être évalués au regard de l'article 143 de la loi du 4 avril 2014, consacré à la direction du litige, aux termes duquel les « interventions de l'assureur n'impliquent aucune reconnaissance de responsabilité dans le chef de l'assuré et ne

<sup>41</sup> Au-delà des clauses d'abandon de recours, le législateur a privé l'assureur de son recours subrogatoire dans le cadre de la loi du 30 juillet 1979 relative à la prévention des incendies et des explosions ainsi qu'à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile dans ces mêmes circonstances et de la loi du 1<sup>er</sup> avril 2007 relative à l'assurance contre les dommages causés par le terrorisme.

<sup>42</sup> B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, « Les recours de l'assureur après indemnisation », *op. cit.*, p. 177.

<sup>43</sup> Sur cette qualification, voy. M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 5<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 96-97.

<sup>44</sup> Sur cette question, voy. la contribution de C. EYBEN dans le présent ouvrage.

peuvent lui causer préjudice». Quant aux effets de la transaction conclue entre l'assureur et l'assuré, ils posent la question de l'opposabilité des exceptions telle que réglée par l'article 151 de la loi du 4 avril 2014 et de la portée de l'action récursoire qui y est intrinsèquement liée.

Les termes de la police d'assurance et/ou de la transaction conclue entre l'assuré et l'assureur dans le cadre d'une assurance de choses permettront d'identifier les postes qui relèvent du recours subrogatoire de l'assureur et ceux qui relèvent du recours complémentaire de l'assuré. En effet, les postes du préjudice exclus de la police d'assurance ou laissés en dehors de la transaction relèveront entièrement du recours du subrogeant tandis que les postes concernés par la police d'assurance ou le contrat de transaction relèveront pour partie du recours subrogatoire de l'assureur et pour partie du recours résiduaire de l'assuré. À cet égard, des difficultés peuvent surgir lorsque le contrat de transaction ne mentionne qu'un montant global. Nous ne pouvons que conseiller aux parties au contrat de transaction de ventiler le montant déterminé conformément à leurs concessions réciproques.

À propos de la transaction conclue entre l'assureur et l'assuré dans les assurances de choses, Pierre Marchal souligne que « l'assureur pourra, en exerçant son action subrogatoire contre le tiers responsable, s'appuyer sur [celle-ci] pour établir le montant du dommage » tout en indiquant que « la transaction, qui n'est pas opposable au tiers ou à son assureur en responsabilité, ne sera, pour le juge, qu'un élément d'appréciation »<sup>45</sup>. Il nous semble que la transaction conclue entre l'assuré et l'assureur permettra de déterminer les décaissements de l'assureur et s'imposera au juge pour déterminer le montant de l'objet du recours. À notre avis, elle n'aura en revanche pas la moindre valeur en ce qui concerne la détermination de l'assiette du recours, si ce n'est l'identification des postes du préjudice qui intégreront l'assiette du recours subrogatoire de l'assureur (subrogé) et ceux qui relèveront exclusivement du recours de l'assuré (subrogeant).

### 2. L'assiette du recours

17. En raison de l'effet translatif de la subrogation, le recours subrogatoire de l'assureur est également soumis à la limite déduite du montant que la victime aurait pu obtenir du tiers responsable en droit commun. À cet égard, il importe de souligner que les plafonds que le législateur a déterminés en assurance R.C. auto<sup>46</sup> et en assurance R.C. familiale<sup>47</sup> ne valent qu'en présence d'une action

<sup>45</sup> P. MARCHAL, « La transaction », *Rép. not.*, t. IX, *Contrats divers*, liv. X, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 135.

<sup>46</sup> Voy. art. 24 de l'A.R. du 14 décembre 1992 relatif au contrat type d'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs.

<sup>47</sup> Voy. art. 7 de l'A.R. du 12 janvier 1984 déterminant les conditions minimales de garantie des contrats d'assurance couvrant la responsabilité civile extracontractuelle relative à la vie privée.



récursoire, soit une action en responsabilité contractuelle introduite par l'assureur contre son assuré, et n'intéressent pas la question du recours subrogatoire.

La détermination de l'assiette du recours nécessite, par ailleurs, de ventiler les montants en fonction de chacun des postes de préjudice couverts. En effet, si l'assureur n'a pas pris en charge certains postes du préjudice en raison de l'une ou l'autre exclusion, il n'est pas autorisé à en inclure l'indemnisation dans l'assiette de son recours dans la mesure où l'assuré conserve, pour les postes concernés, son recours contre le tiers responsable. C'est ainsi que dans l'hypothèse d'un incendie volontaire, l'assiette du recours de l'assureur incendie comprendra le dommage matériel lié à la destruction du bien et les pertes d'exploitation, dès lors qu'ils sont couverts par la police d'assurance, mais elle ne comprendra pas le dommage moral si celui-ci est exclu de la couverture d'assurance. Cette approche « poste par poste » permet non seulement de préserver la possibilité pour l'assuré d'obtenir une indemnisation des dommages pour lesquels il n'aurait pas été entièrement indemnisé au regard du droit commun, mais également de s'assurer que le tiers responsable paye tout le dommage mais rien que le dommage.

18. S'agissant d'accessoires transférés avec la créance principale, les intérêts font indiscutablement partie de l'assiette du recours de l'assureur. La question de leur étendue peut toutefois prêter à discussion et suppose de déterminer leur nature. La dette du tiers responsable vis-à-vis de l'assuré étant une dette de valeur, ils prendront vraisemblablement la forme d'intérêts compensatoires.

Toutefois, il résulte de deux arrêts de la Cour de cassation du 27 octobre 1995<sup>48</sup> et du 28 novembre 2002<sup>49</sup> que l'indemnité due par l'assureur constitue une dette de somme au sens de l'article 1153 du Code civil. Convient-il d'étendre cette jurisprudence à l'action subrogatoire de l'assureur ? Pareille extension pourrait conduire à refuser le bénéfice des intérêts à l'assureur qui n'a pas mis le tiers en demeure. Il nous semble que cette difficulté<sup>50</sup> peut être écartée en indiquant que les intérêts – de nature moratoire – éventuellement dus par l'assureur sur l'indemnité versée à son assuré relèvent de l'objet du recours, tandis que les intérêts – de nature compensatoire – dus par le tiers responsable font partie de l'assiette du recours.

19. Il convient enfin d'être attentif au fait que l'éventuelle transaction conclue, en matière d'assurances de choses, entre l'assureur et le tiers responsable aurait précisément pour objet de fixer l'étendue du recours subrogatoire en considération de son assiette et de son objet.

### 3. Quid en cas de paiement partiel ?

20. L'effet extinctif du paiement subrogatoire implique qu'en cas de paiement partiel par le *solvens*, le subrogeant conserve, dans l'exercice de ses droits résiduels, la primauté sur le subrogé. Telle est la solution préconisée par l'article 1252 du Code civil qui précise que « la subrogation [...] ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel ».

L'article 95 en constitue la répétition puisqu'en son alinéa 3, il précise que « la subrogation ne peut nuire à l'assuré ou au bénéficiaire qui n'aurait été indemnisé qu'en partie. Dans ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, de préférence à l'assureur ». Ce droit de préférence est appelé à jouer lorsque le tiers responsable n'est pas suffisamment solvable pour désintéresser le subrogeant et le subrogé.

21. Dans un arrêt du 19 mai 1981, la Cour de cassation a décidé que l'assuré indemnisé par l'assureur ne peut prétendre obtenir le paiement de la franchise par préférence à l'assureur, si le montant de l'indemnité versée par l'assureur répare intégralement le préjudice au regard des règles du droit commun<sup>51</sup>. En effet, il s'impose de constater qu'en pareilles circonstances, l'assuré a été complètement désintéressé et qu'il n'a, par conséquent, plus de droit à faire valoir vis-à-vis du tiers responsable. Peu importe que le dommage de l'assuré n'apparaisse pas intégralement réparé au regard du mode d'indemnisation prévu par le contrat d'assurance, pourvu que le dommage ait été intégralement réparé en droit commun<sup>52</sup>. À l'instar de ce qui sera dit à propos du recours de l'assureur-loi, il convient de ne pas confondre les règles d'indemnisation propres à chaque régime, en l'occurrence droit des assurances (objet du recours) et droit commun (assiette du recours).

### C. L'opposabilité des exceptions

22. L'effet translatif du paiement subrogatoire implique que le tiers puisse opposer au subrogé toutes les exceptions dont il disposait, au jour de la subrogation, à l'égard du subrogeant<sup>53</sup>. Par un arrêt du 22 juin 1988, la Cour de cassation a jugé que « si en raison de la subrogation, toutes les exceptions contre le subrogeant antérieures à la subrogation demeurent opposables au subrogé, il n'en est pas de même des exceptions nées postérieurement au paiement qui réalise le transfert de la créance, puisqu'à compter du paiement, le droit de créance étant acquis au subrogé, aucun acte relatif au subrogeant n'est susceptible d'affecter ce

<sup>48</sup> Cass., 27 octobre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 957 (sommaire).

<sup>49</sup> Cass., 28 novembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2277.

<sup>50</sup> Mise en lumière par J. WILDEMEERSCH et J. LOLY, « La subrogation de l'assureur », *op. cit.*, pp. 83 à 85.

<sup>51</sup> Cass., 19 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1086.

<sup>52</sup> P.-H. DELVAUX, « La subrogation et la réparation du dommage », *op. cit.*, n° 27.

<sup>53</sup> Cass., 23 février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 750.



droit»<sup>54</sup>. Au rang des exceptions, nous limiterons notre examen à l'exception de transaction et à l'exception déduite d'un partage de responsabilités.

## 1. L'exception de transaction

23. L'examen de l'exception de transaction suppose de distinguer les assurances de responsabilité et les assurances de choses. En effet, dans les premières, la portée de la transaction ne se posera qu'en présence d'un codébiteur puisqu'il n'est pas question d'un recours subrogatoire à l'encontre de l'assuré. Dans un autre registre, signalons que l'article 149 de la loi du 4 avril 2014 précise, en son alinéa 1<sup>er</sup>, que «l'indemnisation ou la promesse d'indemnisation de la personne lésée faite par l'assuré sans l'accord de l'assureur n'est pas opposable à ce dernier». Il en résulte que la transaction conclue entre l'assuré et la personne lésée n'est, en principe, pas opposable à l'assureur. Rien n'empêche toutefois celui-ci de l'accepter et de s'en prévaloir lorsque la personne lésée dirige à son encontre une action directe<sup>55</sup>.

24. Dans l'hypothèse d'une transaction conclue, dans le cadre d'une assurance de choses, entre l'assuré et le tiers responsable, ce dernier ne pourra l'opposer à l'assureur que si elle est antérieure à la subrogation. Conformément à l'arrêt de la Cour de cassation du 22 juin 1988, la transaction conclue postérieurement à la subrogation ne peut, en revanche, être opposée à l'assureur.

Au demeurant, la validité de la transaction intervenue entre l'assuré et le tiers responsable postérieurement à la subrogation apparaît douteuse dans la mesure où l'article 2045 du Code civil prévoit, en son alinéa 1<sup>er</sup>, que «pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction». Or, l'effet translatif associé à la subrogation implique que les droits de l'assuré ont été transférés à l'assureur. Force est, par conséquent, de constater que l'assuré ne dispose plus des objets compris dans la transaction. Dans le même ordre d'idées, la validité d'une subrogation intervenue postérieurement à la transaction apparaît tout aussi douteuse étant donné que la subrogation ne peut porter sur des droits dont le subrogeant ne disposait plus au moment du transfert<sup>56</sup>.

Au-delà de ces réflexions, une certaine doctrine enseigne que le tiers ayant transigé en ignorant l'existence de la subrogation pourrait invoquer sa bonne foi, conformément à l'article 1240 du Code civil, afin d'opposer à l'assureur la transaction conclue postérieurement à la subrogation<sup>57</sup>. Cet article précise que «[l]e paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé». En raison de l'effet translatif de la subrogation, ne convient-il pas de considérer que le pos-

<sup>54</sup> Cass., 22 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1275.

<sup>55</sup> P. MARCHAL, «La transaction», *op. cit.*, p. 135.

<sup>56</sup> Cass., 21 mars 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 687, obs.

<sup>57</sup> P.A. FORIERS, *Le règlement transactionnel et ses limites*, Bruxelles, Recyclages Saint-Louis, 1997, p. 52, n° 29.

sesseur de la créance n'est pas le subrogeant, mais bien le subrogé ? En pareil cas, l'article 1240 du Code civil ne pourrait trouver à s'appliquer.

Quoi qu'il en soit, il importe de souligner que la transaction conclue entre l'assuré et le tiers responsable participe à la détermination de l'assiette du recours subrogatoire de l'assureur puisqu'elle fixe, en droit commun, les droits de l'assuré contre le tiers responsable. Il importe toutefois de ne pas perdre de vue la nécessité d'examiner le contenu de la transaction «poste par poste» afin d'identifier ceux qui correspondent aux décaissements de l'assureur. En effet, les concessions réciproques consenties à l'égard des postes qui relèvent du préjudice résiduel de l'assuré ne doivent pas entrer en ligne de compte.

## 2. Le partage des responsabilités

25. Le tiers responsable pouvant opposer à l'assureur toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer à la victime à condition qu'elles soient nées avant le paiement, il est autorisé à se prévaloir du partage de responsabilités intervenu entre l'assuré et lui. Par un arrêt du 20 décembre 1971, la Cour de cassation a autorisé l'assureur à mettre en œuvre son recours subrogatoire à concurrence de tout ce qui a été payé, sans pouvoir dépasser le montant dû par le responsable<sup>58</sup>. Il en résulte que le partage de responsabilité relève du droit commun de la responsabilité et influence donc l'assiette du recours, et non son objet<sup>59</sup>.

## D. L'existence d'un droit propre

26. La question de l'existence d'un droit propre au profit de l'assureur mérite d'être posée dans la mesure où la Cour de cassation a, par cinq arrêts prononcés les 19 et 20 février 2001, reconnu à l'employeur public, autre tiers payeur, un droit propre sur la base de l'article 1382 du Code civil<sup>60</sup>. La Cour y décide que «les pouvoirs publics qui, à la suite de la faute d'un tiers, doivent continuer à payer la rémunération et les charges grevant cette rémunération en vertu d'obligations légales ou réglementaires qui leur incombent, sans bénéficier de prestations de travail en contrepartie, ont droit à une indemnité dans la mesure où ils subissent ainsi un dommage».

Dans l'un de ses arrêts, elle précise que «[l']existence d'une obligation contractuelle, légale ou réglementaire n'exclut pas qu'il y ait un dommage au sens de l'article 1382 du Code civil, sauf lorsqu'il ressort du contenu ou de la portée du contrat, de la loi ou du règlement que ladite dépense ou prestation à intervenir doit définitivement rester à charge de celui qui s'y est obligé ou qui

<sup>58</sup> Cass., 20 décembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 382.

<sup>59</sup> B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, «Les recours de l'assureur après indemnisation», *op. cit.*, p. 172.

<sup>60</sup> Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 322; Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 327; Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 329; Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 332; Cass., 20 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 335.



doit l'exécuter en vertu de la loi ou du règlement»<sup>61</sup>. À cet égard, elle observe que l'existence d'une subrogation constitue un indice révélateur de l'intention de l'auteur de la norme de ne pas laisser la dépense définitivement à charge de l'autorité<sup>62</sup>.

Or, l'instauration du procédé de la subrogation conduit à penser que, selon le législateur, l'employeur n'est pas titulaire d'un droit propre et qu'il lui appartient, pour récupérer ses débours, d'utiliser les droits d'un tiers, en l'occurrence son agent<sup>63</sup>. Avec justesse, Bernard Dubuisson souligne que la reconnaissance d'un recours personnel sur le pied de l'article 1382 du Code civil «sape complètement l'édifice légal» dès lors qu'il rompt l'équilibre réalisé par le principe indemnitaire, la subrogation et le non-cumul des indemnités<sup>64</sup>.

27. C'est donc de façon fort opportune que la Cour de cassation a, par un arrêt du 26 mars 2003, estimé que l'assureur ne peut être considéré comme une personne lésée qui a subi un dommage propre pour les montants qu'il a dû payer ensuite de la destruction du véhicule assuré<sup>65</sup>. Le jugement attaqué avait reconnu la qualité de personne lésée à l'assureur intervenu au profit d'une banque dans le cadre d'une police d'assurance garantissant le preneur contre les conséquences financières de la destruction d'un tracteur, objet d'un contrat de crédit-bail. Autorisée à substituer au motif critiqué par le moyen, et sur lequel la décision attaquée prend appui, un fondement juridique justifiant le dispositif, la Cour de cassation a, en considération du caractère indemnitaire de l'assurance souscrite, mobilisé l'article 41 de la loi du 25 juin 1992, actuel article 95 de la loi du 4 avril 2014.

La soumission des produits d'assurances offerts par les sociétés mutualistes à la législation relative aux assurances conduit à examiner ici un arrêt de la Cour de cassation du 11 mars 2015<sup>66</sup>. En effet, la société d'assurance mutualiste MMH invoquait la violation des articles 1382 et 1383 du Code civil, le jugement attaqué ayant rejeté sa demande tendant à récupérer la totalité de ses décaissements opérés en faveur de son assuré dans le cadre d'une assurance mutualiste libre complémentaire au motif que les indemnités versées sont la contrepartie de primes d'assurance qu'elle a perçues et que ces décaissements ne constituent pas dans son chef un dommage personnel susceptible d'indemnisation. La Cour de cassation rappelle qu'«[e]n accordant à son assuré victime d'une infraction des prestations en réparation du dommage matériel économique subi, l'organisme assureur ne subit pas un dommage causé par une infraction mais exécute une obligation contractuelle». Elle rejette ensuite

<sup>61</sup> Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 329.

<sup>62</sup> Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 326.

<sup>63</sup> J.-C. THIRY, «Le recours direct de l'employeur public sur base de 1382: un chemin semé d'embûches», *C.R.A.*, 2009, p. 102.

<sup>64</sup> B. DUBUISSON, «Les vertus inattendues de l'article 1382 du Code civil pour l'employeur public et les tiers payeurs», in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 175.

<sup>65</sup> Cass., 26 mars 2003, *Bull. ass.*, 2004, p. 229, *Pas.*, 2003, p. 638, concl. J. SPREUTELS.

<sup>66</sup> Cass., 11 mars 2015, R.G. n° P.13.2051.F

le pourvoi au motif qu'«[e]n énonçant [...] que ce n'est pas l'existence d'une obligation conventionnelle qui fait obstacle au recours direct, mais l'absence de dommage personnel dans son chef, le tribunal a légalement justifié sa décision».

Ces décisions nous paraissent devoir être approuvées.

## Section 2

### La subrogation consentie à l'assureur-loi

28. L'article 47 de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail précise, dans un premier alinéa, que «[l']entreprise d'assurances et Fedris<sup>67</sup> peuvent exercer une action contre le responsable de l'accident du travail, jusqu'à concurrence des débours effectués en vertu de l'article 46, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, des capitaux y correspondant, ainsi que des montants et capitaux visés aux articles 51bis, 51ter et 59quinquies». Dans un deuxième alinéa, l'article 47 prévoit qu'«[i]ls peuvent intenter cette action civile de la même façon que la victime ou ses ayants droit, et être subrogés dans les droits que la victime ou ses ayants droit auraient pu exercer en vertu du droit commun, en cas de non-indemnisation conformément à l'article 46, § 2, premier alinéa».

L'article 47 de la loi du 10 avril 1971 fait état de la *possibilité* qui est accordée à l'entreprise d'assurances et à Fedris d'intenter un recours subrogatoire, celui-ci indiquant que l'entreprise d'assurances et Fedris *peuvent être subrogés*. On se rappellera que l'article 95 de la loi du 4 avril 2014 précise, quant à lui, que *l'assureur est subrogé*. Cette simple possibilité implique-t-elle qu'en matière d'accidents du travail, la subrogation ne jouera que moyennant l'accord du subrogeant? L'existence d'une subrogation légale semble s'y opposer, de même que le respect du principe indemnitaire. Celui-ci plaide en effet pour une subrogation automatique en faveur de l'assureur-loi afin que le tiers responsable n'échappe pas aux conséquences de sa responsabilité.

### A. Les protagonistes

#### 1. Le subrogé

29. La subrogation est consentie à l'assureur-loi et à Fedris dans la mesure où, conformément à l'article 58 de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail, Fedris assure la réparation des accidents du travail survenus aux gens de mer ou lorsque l'employeur n'a pas conclu de contrat d'assurance ou que

<sup>67</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, le Fonds des maladies professionnelles (F.M.P.) et le Fonds des accidents du travail (F.A.T.) ont fusionné pour donner naissance à Fedris, l'Agence fédérale des risques professionnels.



l'entreprise d'assurance reste en défaut de s'acquitter de cette réparation. Il est donc logique que cette agence dispose également de la subrogation<sup>68</sup>.

## 2. Le subrogeant

30. Aux termes de l'article 47 de la loi du 10 avril 1971, l'assureur-loi est subrogé dans les droits de la victime et de ses ayants droit. Il s'impose toutefois de constater que l'article 46, § 2, de la loi précise que « [l]a réparation en droit commun qui ne peut se rapporter à l'indemnisation des dommages corporels, telle qu'elle est couverte par la présente loi, peut se cumuler avec les indemnités résultant de la présente loi ». Il en résulte que le recours en droit commun de la victime ne porte pas sur les préjudices relevant de la loi du 10 avril 1971 et donc que l'assureur-loi peut exercer des droits que la victime ne détient pas<sup>69</sup>. Paul-Henry Delvaux explique qu'en retirant à la victime le droit d'agir en responsabilité pour les postes indemnisés en loi, le législateur a « inventé la subrogation dans des droits inexistantes »<sup>70</sup>.

31. La subrogation dans les droits de la victime joue également pour des montants qui, pour des raisons budgétaires, n'ont pas été versés à la victime mais à Fedris. Cela recouvre trois hypothèses :

- la valeur de la rente non diminuée après expiration du délai de révision pour les accidents survenus avant le 1<sup>er</sup> janvier 1988 et ayant entraîné une incapacité permanente partielle inférieure à 10 % (art. 45<sup>ter</sup>) ;
- la valeur de l'allocation annuelle et de la rente non diminuée pour les accidents survenus après le 1<sup>er</sup> janvier 1988 et ayant entraîné une incapacité permanente partielle inférieure à 10 % (art. 45<sup>quater</sup>) ;
- la valeur de la rente qui n'est finalement pas servie aux ascendants dès lors que la victime est décédée avant l'âge de 25 ans et n'était pas leur principale source de revenus (art. 20<sup>bis</sup> et 59<sup>quinquies</sup>).

Si le tiers sera amené à supporter la charge de ces décaissements, sous la réserve du résultat de la comparaison entre l'objet et l'assiette du recours (voy. *infra*), il s'impose de constater que la victime est privée de la possibilité de réclamer une indemnisation complémentaire pour ces postes. En effet, l'assureur-loi est seul autorisé à agir contre le tiers responsable pour ces montants qui, ayant été versés à Fedris, n'ont pas permis à la victime d'obtenir une indemnisation complète.

<sup>68</sup> Toute référence à l'assureur-loi dans la suite de l'exposé devra être comprise comme incluant également Fedris.

<sup>69</sup> En ce sens, voy. M. JOURDAN et S. REMOUCHAMPS, *Accident (sur le chemin) du travail : responsabilité et subrogation légale*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 122 et 123.

<sup>70</sup> P.-H. DELVAUX, « La subrogation et la réparation du dommage », *op. cit.*, n° 62.

## 3. Le tiers

### a) La notion de « responsable de l'accident du travail »

32. L'article 47 de la loi du 10 avril 1971 prévoit que l'assureur-loi peut exercer une action « contre le responsable de l'accident du travail ». Or, l'assureur-loi est appelé à couvrir le dommage causé au moment même de l'accident mais aussi toutes les suites ultérieures dont l'accident est la cause<sup>71</sup>. L'assureur-loi est donc amené à prendre en charge l'ensemble des conséquences de l'accident du travail, y compris celles liées à une faute commise dans le cadre des soins prodigués à la suite de l'accident du travail.

En pareilles circonstances, l'assureur-loi est-il autorisé à agir contre le prestataire de soins, bien qu'il ne soit pas le responsable de l'accident du travail ? Par un arrêt du 13 janvier 2014, la Cour de cassation a répondu par l'affirmative en estimant que « l'assureur-loi est subrogé jusqu'à concurrence des débours effectués et des capitaux versés dans les droits que la victime ou ses ayants droit auraient pu exercer en vertu du droit commun à l'égard du responsable du dommage indemnisé en application de la loi du 10 avril 1971 »<sup>72</sup>. Dans le cas d'espèce, l'assureur-loi réclamait le remboursement des dépenses exposées en raison de l'hémorragie cérébrale subie par la victime au cours du traitement des lésions d'un accident du travail, à savoir une fracture du poignet. Les juges d'appel avaient considéré que même si l'hémorragie cérébrale a aggravé les lésions résultant de l'accident du travail antérieur, elle ne constitue pas un accident du travail dès lors qu'elle s'est produite alors que la victime ne se trouvait pas sous l'autorité de son employeur et que l'exécution du contrat de travail était suspendue au moment des soins. La Cour de cassation considère que « Les juges d'appel qui ont décidé par ces motifs que la demanderesse ne pouvait exercer le recours visé à l'article 47 de la loi du 10 avril 1971 à l'égard du responsable de l'hémorragie cérébrale, n'ont pas justifié légalement cette décision ».

Il suit de cet arrêt que, bien que l'article 47 de la loi du 10 avril 1971 précise que l'assureur-loi est subrogé dans les droits de la victime à l'encontre du responsable de l'accident du travail, il est en réalité autorisé à agir à l'encontre du responsable du dommage indemnisé en application de la loi du 10 avril 1971. Rodrigue Capart et Bruno Devos soulignent toutefois que la décision de cassation s'explique par la motivation de la décision de la cour d'appel, celle-ci ayant considéré que l'hémorragie cérébrale ne peut être considérée comme un accident du travail. Ils sont, par conséquent, d'avis que la Cour de cassation n'a pas expressément pris « position sur la question de savoir si un assureur-loi peut exercer son recours subrogatoire contre le tiers responsable non pas de l'acci-

<sup>71</sup> Cass., 27 janvier 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 491.

<sup>72</sup> Cass., 13 janvier 2014, R.G. n° C.13.0208.N ; souligné par nos soins.



dent mais du dommage»<sup>73</sup>. Nous ne partageons pas cet avis dans la mesure où, si c'est bien la qualification d'accident du travail qui a conduit la Cour de cassation à affirmer que les juges d'appel n'ont pas justifié légalement leur décision, elle a expressément indiqué que l'assureur-loi est subrogé dans les droits de la victime à l'égard du responsable du dommage.

33. Si le doute devait toutefois être permis et qu'il convenait de s'en tenir à la lettre de l'article 47 de la loi du 10 avril 1971, le recours à l'encontre du responsable du dommage n'en serait pas pour autant impossible puisqu'il pourrait s'appuyer sur l'article 95 de la loi du 4 avril 2014<sup>74</sup>, à condition toutefois que l'on reconnaisse le caractère indemnitaire de l'assurance accidents du travail, ce qui n'est pas évident<sup>75</sup>. Il pourrait également s'appuyer sur l'article 1251, 3°, du Code civil dans la mesure indiquée par la Cour de cassation dans son arrêt précité du 24 juin 2013. Le recours à ces fondements priverait toutefois l'assureur-loi du bénéfice de la subrogation pour les montants non versés à la victime et le contraindrait à attendre que le paiement ait été réalisé pour pouvoir faire valoir son recours.

34. Les inévitables difficultés, au regard de la formulation de l'article 47 de la loi du 10 avril 1971, qu'aurait pu rencontrer l'assureur-loi dans le cadre d'un recours dirigé contre l'assureur appelé à intervenir sur le pied de l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs sont contournées par la mobilisation de l'article 48ter de la loi du 10 avril 1971. En cas de concours avec la réparation accordée en vertu de l'article 29bis, l'article 48bis de la loi du 10 avril 1971 prévoit, dans un § 1<sup>er</sup>, que «l'entreprise d'assurances reste tenue du paiement des indemnités résultant de la présente loi [...]», instaurant ainsi la primauté de l'intervention de l'assureur loi sur celle de l'assureur du véhicule automobile. Il appartient donc à l'assureur-loi d'indemniser la victime d'un accident de la circulation survenu sur le chemin de son travail, quand bien même celle-ci s'y rendait à vélo ou, faisant du covoiturage, était installée à bord d'une voiture en tant que passager et présentait, par conséquent, la qualité d'usager faible qui lui ouvre un recours sur la base de l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989.

Dans un § 2, l'article 48bis édicte toutefois que «[l]a réparation accordée conformément à l'article 29bis de la loi précitée du 21 novembre 1989 qui ne peut se rapporter à l'indemnisation des dommages corporels telle qu'elle est couverte par la présente loi, peut se cumuler avec les indemnités résultant de la présente loi», suggérant *a contrario* que la victime ne peut cumuler l'indemnisation en loi et l'indemnisation accordée sur le pied de l'article 29bis pour les

<sup>73</sup> R. CAPART et B. DEVOS, «Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie-invalidité», in *Questions choisies en droit des assurances*, Limal, Anthemis, 2016, p. 87.

<sup>74</sup> En ce sens, voy. Liège, 16 novembre 2009, cité par R. CAPART et B. DEVOS, «Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie invalidité», *op. cit.*, p. 85.

<sup>75</sup> Sur cette question, voy. J.-M. BINON, «Le contrat d'assurance», in *1903-2003. Accidents du travail : cent ans d'indemnisation*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 158.

dommages qui relèvent du champ d'application de la loi du 10 avril 1971. C'est la raison pour laquelle l'article 48ter de la loi du 10 avril 1971 accorde à l'entreprise d'assurances et à Fedris un droit de subrogation à l'encontre de l'entreprise d'assurances qui couvre la responsabilité du propriétaire, du conducteur ou du détenteur du véhicule automoteur ou contre le Fonds commun de garantie belge pour les débours effectués en vertu de l'article 48bis.

#### b) Les personnes immunisées

35. L'article 47 de la loi du 10 avril 1971 prévoit que l'assureur-loi peut intenter une action contre le responsable de l'accident du travail «de la même façon que la victime ou ses ayants droit». Or, la victime voit son droit d'action limité par les immunités que consacre l'article 46, § 1<sup>er</sup>, de la loi. En effet, cet article n'autorise la victime ou ses ayants droit à intenter une action en justice, conformément aux règles de la responsabilité civile, à l'encontre de l'employeur, ses mandataires et préposés que dans les hypothèses y énumérées.

C'est ainsi que la victime ou ses ayants droit ne peuvent agir contre l'employeur que dans l'une des hypothèses suivantes : (1°) s'il a causé intentionnellement l'accident du travail ou l'accident qui a entraîné l'accident du travail, (2°) dans la mesure où l'accident du travail a causé des dommages aux biens du travailleur, (3°) lorsque l'accident est survenu sur le chemin du travail, (4°) lorsque l'accident est un accident de roulage et (5°) lorsque l'employeur a méconnu gravement les obligations que lui imposent les dispositions légales et réglementaires relatives au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail et a exposé les travailleurs au risque d'accident du travail. Dans les autres cas que ceux visés à l'article 46, § 1<sup>er</sup>, une immunité est accordée à l'employeur, ses mandataires et préposés et ce, en contrepartie de l'obligation mise à charge de l'employeur de payer les primes d'une assurance accidents du travail<sup>76</sup>.

36. L'entreprise d'assurances et Fedris étant «subrogés dans les droits que la victime ou ses ayants droit auraient pu exercer en vertu du droit commun», il eût été logique de les autoriser à mettre en œuvre le recours subrogatoire à l'encontre de l'employeur, ses mandataires et préposés dans les hypothèses visées à l'article 46, § 1<sup>er</sup>. Cependant, dans un arrêt du 5 février 1980, la Cour de cassation a écarté toute action subrogatoire contre l'employeur aux motifs qu'«en payant les indemnités légales, l'entreprise d'assurances s'acquitte des obligations résultant du contrat d'assurance souscrit» et que «l'entreprise d'assurances ne peut exercer un recours contre son assuré»<sup>77</sup>. Cette règle ne profitant qu'à l'employeur, l'entreprise d'assurance et Fedris conservent leur action subrogatoire à l'encontre des mandataires et préposés de l'employeur, dans les circonstances visées à l'article 46, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 10 avril 1971, sous la réserve

<sup>76</sup> Pour un examen détaillé de ces immunités, notamment en cas de prêt de personnel, voy. R. CAPART et B. DEVOS, «Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie-invalidité», *op. cit.*, pp. 110 et s.

<sup>77</sup> Cass., 5 février 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 658; voy. également Cass., 8 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1009.



que le préposé pourra éventuellement faire valoir l'immunité que lui accorde l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail pour ses fautes légères et occasionnelles.

37. Concernant ce dernier article, la Cour de cassation a, par un arrêt du 8 mars 2006, estimé que l'immunité qu'il instaure est « personnelle au travailleur, en ce sens qu'elle n'exclut pas la responsabilité de son commettant, sur la base de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil » mais que « [l']assureur de la responsabilité civile du travailleur peut, quant à lui, se prévaloir de cette immunité pour repousser l'action directe exercée contre lui »<sup>78</sup>. En cas d'accident de la circulation survenu dans le cadre des fonctions exercées par un préposé, l'assureur de la responsabilité civile automobile dudit préposé pourrait donc faire valoir que la faute commise par son assuré apparaît légère et occasionnelle pour décliner son intervention. Ce bénéfice apparaît logique au regard des engagements souscrits par l'assureur dans le cadre du contrat d'assurance responsabilité civile.

## B. L'étendue du recours

38. À l'instar de ce qui a été dit à propos de l'étendue du recours de l'assureur privé, il y a lieu de distinguer l'objet et l'assiette du recours. Des deux sommes ainsi arrêtées, c'est la plus faible qui sera accordée à l'assureur-loi à l'issue de son recours subrogatoire. Si l'objet est supérieur à l'assiette, le recours de l'assureur-loi contre le tiers responsable sera limité à l'assiette dans la mesure où la situation du tiers ne peut se trouver aggravée du fait de l'intervention de l'assureur-loi<sup>79</sup>. Ce dernier ne pourra donc récupérer l'intégralité de ses débours que si l'assiette du recours est d'un montant plus élevé que l'objet du recours. En pareil cas, le surplus ira à la victime.

39. Il convient également de noter qu'une convention « Accident de Travail/Droit commun » (en abrégé : AT/DC) a été conclue entre les assureurs sous l'égide d'Assuralia. Aux termes de celle-ci, l'assureur droit commun renonce à contester l'expertise réalisée en loi et l'assureur-loi, ainsi dispensé de devoir prouver le préjudice subi en droit commun, accepte de réduire en certaines circonstances sa réclamation de 10 %<sup>80</sup>.

### 1. L'objet du recours

40. Le recours subrogatoire de l'assureur-loi et de Fedris s'exerce « jusqu'à concurrence des débours effectués en vertu de l'article 46, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, des

<sup>78</sup> Cass., 8 mars 2006, *J.T.*, 2006, p. 625, *Pas.*, 2006, p. 549, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.185, *Chron. D.S.*, 2007, p. 374, *R.A.B.G.*, 2007, p. 892, obs. V. VERVLIER.

<sup>79</sup> N. SIMAR, « Le recours loi », in *Actualités du dommage corporel. L'accident du travail en l'an 2000*, Juridoc, 2000, p. 207.

<sup>80</sup> Sur cette convention, voy. R. CAPART et B. DEVOS, « Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie-invalidité », *op. cit.*, pp. 108 et s.

capitaux y correspondant et des montants et capitaux visés aux articles 51 bis, 51 ter et 59 quinquies ». Ils ne doivent donc pas attendre l'exécution de l'intégralité de leurs paiements pour exercer leur action subrogatoire. Il s'agit là d'une dérogation au droit commun de la subrogation qui nécessite qu'un paiement ait été effectué.

L'objet du recours s'apprécie conformément à la loi du 10 avril 1971<sup>81</sup> et se compose des éléments suivants :

- les décaissements effectués au profit de la victime ou au profit de Fedris : frais médicaux, pharmaceutiques et de prothèse (art. 28), frais de déplacement (art. 33), indemnités d'incapacité temporaire totale et partielle (art. 22 et s.), aide de tiers (art. 24), réserve mathématique provisoire constituée au moment de la consolidation et destinée au paiement des allocations annuelles de l'incapacité permanente, réserve mathématique définitive constituée à l'expiration du délai de révision et destinée au paiement de la rente viagère,
- les intérêts sur ces décaissements,
- les retenues obligatoires (cotisations de sécurité sociale<sup>82</sup> et retenues de précompte professionnel), et
- les frais de gestion<sup>83</sup>.

Concernant les intérêts compensatoires, il est acquis que ceux-ci courent à partir du paiement des différentes indemnités ou de la date de constitution du capital représentatif de la rente<sup>84</sup>.

Concernant les charges sociales<sup>85</sup> et fiscales<sup>86</sup>, la Cour de cassation a confirmé, dans un arrêt du 8 octobre 2007, que « [l]a partie subrogée dans les droits de la victime est en droit d'obtenir du tiers responsable de l'accident ou de son assureur le remboursement des montants bruts qu'elle a décaissés au profit de la victime à titre de revenu de remplacement »<sup>87</sup>.

41. Il convient d'observer que Fedris a une mission de vérification des débours exposés par l'assureur-loi, si bien que les décaissements opérés par l'assureur-loi ne seront que rarement discutés par le tiers responsable appelé à faire confiance à cette agence. En effet, en vertu de l'article 58, § 1<sup>er</sup>, de la loi du

<sup>81</sup> Pour une approche détaillée des prestations de l'assureur-loi, voy. X, « Le recours de l'assureur-loi et de la victime contre le tiers responsable », in *Manuel de la réparation des dommages corporels en droit commun*, Waterloo, Kluwer, mis à jour jusqu'au 15 septembre 2016, pp. 7/71 et s.

<sup>82</sup> Cass., 26 octobre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 866, *R.W.*, 1993-1994, p. 986 ; Cass., 8 septembre 1999, *Arr. Cass.*, 1999, p. 1060, *Bull.*, 1999, I, p. 1100, *Dr. circ.*, 2000, p. 67, *R.W.*, 2002-2003, p. 36.

<sup>83</sup> Voy. à cet égard : Cass., 2 novembre 1994, *Arr. Cass.*, 1994, p. 903, *Bull.*, 1994, p. 884, *J.L.M.B.*, 1995, p. 474, note J. TINANT et N. SIMAR, *J.T.*, 1995, p. 282, *Pas.*, 1994, I, p. 884, *R. Cass.*, 1995, p. 138, note C. PERSYN, *R.G.A.R.*, 1995, n° 12.454, note L. VAN GOSSUM et J. VANHOREN, *R.W.*, 1995-1996, p. 150, note, *Dr. circ.*, 1995, p. 176.

<sup>84</sup> Cass., 15 avril 2004, *Pas.*, 2004, p. 625.

<sup>85</sup> Voy. art. 43 de la loi du 10 avril 1971 et 32 de l'arrêté royal du 21 décembre 1972.

<sup>86</sup> Voy. art. 73 du C.I.R.

<sup>87</sup> Cass., 8 octobre 2007, *Bull. ass.*, 2008, p. 155, obs. J. MUYLDERMANS.



10 avril 1971, « Fedris a pour mission : [...] 9° d'exercer le contrôle sur l'application de la présente loi ».

Certains ont fait état d'une « incontestabilité » à propos des décaissements de l'assureur-loi dans la mesure où celui-ci est autorisé à exercer un recours subrogatoire pour l'ensemble de ses décaissements, y compris ceux qui n'ont pas profité à la victime<sup>88</sup>. Ils y voient toutefois une nuance, étant la possibilité accordée à la victime d'agir contre le tiers responsable afin d'obtenir paiement du montant non cumulable de la rente versée en application de la loi du 10 avril 1971 avec la pension légale. En effet, en vertu de l'article 42bis, le bénéficiaire d'une rente résultant d'un accident du travail qui atteint l'âge de la pension ne peut plus bénéficier que d'une partie de cette rente, la partie non cumulable étant, quant à elle, reversée à Fedris<sup>89</sup>. Auparavant, l'assureur-loi était autorisé à récupérer la partie des prestations qui ne peuvent être cumulées avec une pension de survie sur la base de la subrogation<sup>90</sup>. Saisie d'une éventuelle discrimination entre la victime d'un accident du travail et la victime d'un accident de la vie privée, eu égard à la portée de la subrogation de l'assureur-loi, la Cour constitutionnelle, alors Cour d'arbitrage, a retenu l'existence d'une discrimination non justifiée dans la mesure où la victime d'un accident du travail ne peut percevoir la partie non cumulable ni de l'assureur-loi, ni du responsable, ce dernier devant la rembourser à l'assureur-loi dans le cadre de la subrogation<sup>91</sup>. À la suite de cet arrêt, la référence à l'article 42bis contenue à l'article 47 de la loi du 10 avril 1971 a été supprimée.

Dans ce cadre, on s'interroge toutefois sur la portée de l'alinéa 2 de l'article 42bis, lequel prévoit que « Fedris est subrogé dans les droits de l'intéressé pour la partie des prestations qui [...] ne peut pas être cumulée avec une pension ».

42. Enfin, sous l'angle procédural, signalons que l'appel en déclaration de jugement commun au responsable devant le tribunal du travail présente, aux yeux de certains, un intérêt non négligeable dans la mesure où il permet « d'éviter que le responsable n'invoque la relativité de la chose jugée, remettant en cause le jugement prononcé à l'égard de l'assureur-loi devant le tribunal du travail, dans le cadre de l'action en justice opposant celui-ci au tiers responsable »<sup>92</sup>. Au regard des missions accordées à Fedris, l'appel en déclaration de jugement commun ne nous paraît cependant pas déterminant.

<sup>88</sup> R. CAPART et B. DEVOS, « Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie-invalidité », *op. cit.*, p. 95.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> À ce sujet, voy. Cass., 2 novembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 474, note J. TINANT et N. SIMAR, *J.T.*, 1995, p. 282, *R.G.A.R.*, 1995, n° 12545, note L. VAN GOSSUM et J. VANHOREN, *Bull.*, 1994, p. 884.

<sup>91</sup> C.A., 9 février 2000, n° 18/2000.

<sup>92</sup> R. CAPART et B. DEVOS, « Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie-invalidité », *op. cit.*, p. 126.

## 2. L'assiette du recours

43. L'assiette du recours subrogatoire de l'assureur-loi s'entend des montants réparant, en droit commun, les mêmes postes du préjudice que ceux couverts par la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail. En sont donc exclus le dommage aux biens, le dommage moral, le *pretium doloris*, le préjudice ménager – sauf s'il y a octroi de l'assistance d'une tierce personne et que cette assistance inclut l'aide à la personne –, le préjudice esthétique – sauf s'il est constitutif d'une atteinte à la capacité concurrentielle de la victime sur le marché du travail –, le préjudice d'agrément, le dommage extra-professionnel ou encore le dommage post-lucratif. L'assureur-loi ou Fedris ne peuvent donc récupérer à charge du tiers responsable que les parties de la créance de droit commun qu'ils ont couvertes en raison de leurs obligations légales.

La détermination de l'assiette du recours implique donc une sélection des postes du préjudice en droit commun dans une optique tout d'abord distributive, à savoir identifier ceux qui relèvent du recours résiduaire de la victime et ceux qui relèvent du recours subrogatoire de l'assureur-loi. L'assiette du recours subrogatoire de l'assureur-loi inclura donc, en cas de blessures, l'incapacité économique temporaire et permanente, les frais médicaux, pharmaceutiques et hospitaliers, les frais de prothèse, les frais de déplacement et l'aide d'une tierce personne. En cas de décès, elle couvrira les frais funéraires et le préjudice économique par répercussion.

44. Il est traditionnellement enseigné que la comparaison entre l'objet et l'assiette du recours doit se faire *in globo*, c'est-à-dire en comparant deux masses indemnitaires. Conformément à cette approche, le dommage en droit commun devrait donc être établi globalement, en principal et intérêts, et ensuite comparé à la totalité des débours de l'assureur-loi. Rodrigue Capart et Bruno Devos précisent ainsi que « toute démarche indemnitaire d'un recours de l'assureur-loi passe nécessairement par les étapes suivantes :

- déterminer ce que l'assureur-loi a décaissé au profit de la victime de l'accident du travail (objet du recours) ;
- déterminer ce que le tiers responsable aurait dû régler s'il n'y avait [pas] eu d'indemnisation légale par l'assureur-loi (l'assiette) ;
- comparer globalement les deux masses indemnitaires et déterminer alors, d'une part, le recours de l'assureur accident du travail et, d'autre part, l'étendue du recours éventuel complémentaire de la victime pour l'excédent, si l'indemnisation de droit commun est supérieure à l'indemnisation légale forfaitaire pour le dommage matériel réparable ;
- déterminer les éventuels préjudices non couverts par le forfait et les évaluer au profit de la victime (incapacité ménagère, incapacité personnelle, dommages post-lucratifs...) »<sup>93</sup>.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 107.



Or, la comparaison de deux masses indemnitaires n'est pas sans incidence sur les droits respectifs de l'assureur et de la victime, comme le montre l'exemple suivant. À la suite de l'accident du travail, l'assureur-loi a versé à la victime 5.000,00 euros au titre de frais médicaux, 1.250,00 euros au titre de l'aide d'une tierce personne, 40.000,00 euros au titre de l'incapacité temporaire et 95.000,00 euros au titre de l'incapacité permanente. L'objet du recours s'élève donc à un montant global de 141.250,00 euros. En droit commun, le préjudice subi par la victime s'élève à 5.000,00 euros au titre des frais médicaux (à supposer que l'intervention de la mutuelle ne soit pas sollicitée), 2.500,00 euros au titre de l'aide d'une tierce personne, 50.000,00 euros au titre de l'incapacité temporaire et 75.000,00 euros au titre de l'incapacité permanente, soit une assiette de 132.500,00 euros.

Si l'on retient une approche globale, le recours de l'assureur-loi sera limité à l'assiette, soit 132.500,00 euros. La victime ne percevra rien en ce qui concerne les postes qui relèvent du champ d'application de la loi du 10 avril 1971, alors même qu'elle n'a pas obtenu en droit commun une réparation intégrale pour ce qui est de l'aide d'une tierce personne et de l'incapacité temporaire.

Si l'on retient une approche «poste par poste», l'assureur pourra récupérer 5.000,00 euros au titre de frais médicaux, 2.500,00 euros au titre de l'aide d'une tierce personne, 40.000,00 euros au titre de l'incapacité temporaire et 75.000,00 euros au titre de l'incapacité permanente, soit un total de 122.500,00 euros. Quant à la victime, elle pourra récupérer un complément pour ce qui est de l'aide d'une tierce personne et pour l'incapacité temporaire.

L'approche retenue conditionne donc le recours de l'assureur-loi mais également celui de la victime dans la mesure où, dans l'hypothèse où l'assiette est supérieure à l'objet, le surplus revient à la victime. Nous nous interrogeons, par conséquent, sur la pertinence d'une comparaison de deux masses indemnitaires, d'autant que la jurisprudence de la Cour de cassation paraît limiter l'approche *in globo* au dommage matériel résultant de la réduction de la capacité de travail de la victime.

45. En effet, par un arrêt du 11 janvier 1979, la Cour de cassation a indiqué que «le dommage matériel doit être considéré dans son ensemble, incapacités temporaires et permanentes incluses»<sup>94</sup>. C'est en considération de cet enseignement qu'elle a indiqué, dans un arrêt du 22 juin 2010, que «La circonstance que l'indemnité de droit commun du chef de perte de revenus est déterminée sur la base de la durée de vie lucrative de la victime alors que le capital qui est fixé sur la base de la loi du 10 avril 1971 est fondé sur la durée totale de survie statistique, n'empêche pas que ces indemnités couvrent un dommage identique et que lors de la détermination de l'indemnité de droit commun accordée à la victime ou à ses ayants droit, ce capital doit être déduit de cette indemnité»<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> Cass., 11 janvier 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 538, *R.G.A.R.*, 1981, n° 10.400.

<sup>95</sup> Cass., 22 juin 2010, *R.G.* n° P.09.1912.N.

Au regard de cette jurisprudence, il est incontestable que l'incapacité temporaire et l'incapacité permanente doivent être globalisées. Cette appréciation globale s'explique par le fait que les indemnités accordées en vertu du droit commun à la suite du dommage matériel subi par la victime en raison d'une réduction temporaire et d'une réduction permanente de son aptitude au travail concernent le même dommage professionnel matériel que celui qui est couvert par les indemnités accordées en vertu de la loi du 10 avril 1971<sup>96</sup>.

Nous sommes d'avis que cette approche globale doit être limitée aux incapacités temporaire et permanente. Une approche globale au sens de la comparaison entre deux masses indemnitaires n'apparaît pas respectueuse des droits en présence. En effet, dans l'exemple ci-dessus, la victime a, au terme d'une approche «poste par poste», la possibilité de réclamer au tiers responsable le montant de 1.250,00 euros, lequel excède l'objet du recours de l'assureur-loi pour l'aide d'une tierce personne, alors que ce montant tombe dans le recours de l'assureur-loi au terme d'une approche *in globo*. En raison du maintien de cette approche pour le dommage matériel lié à l'incapacité de travail, l'incapacité temporaire tombera, quant à elle, dans l'assiette du recours de l'assureur-loi.

46. À noter que l'approche *in globo* permet également d'éviter de «confondre les régimes de détermination de l'indemnisation, et donc d'appliquer à un régime indemnitaire les règles d'évaluation tirées de l'autre régime. Les spécificités de l'indemnisation en loi ne peuvent donc avoir d'incidence sur l'indemnisation en droit commun»<sup>97</sup>. Il convient, en effet, de ne pas tirer de l'un ou l'autre mécanisme des interférences inopportunes<sup>98</sup>. Dans la rigueur des principes, il convient donc d'établir la rémunération effectivement perdue par la victime en droit commun<sup>99</sup>, et non de se contenter de la rémunération de base prise en considération en loi, s'agissant d'une rémunération plafonnée.

47. En ce qui concerne les frais médicaux, la question de savoir si l'assiette du recours doit être limitée au ticket modérateur ou si elle doit inclure le montant total de la prestation du médecin, du kinésithérapeute, etc. nous paraît devoir être posée. Le problème vient du fait que l'assureur-loi prend en charge les frais médicaux en lieu et place de la mutuelle alors même que si l'accident n'avait pas été un accident du travail, la victime aurait, en droit commun donc, vraisemblablement fait intervenir sa mutuelle et n'aurait, par conséquent, pu réclamer au tiers responsable que le montant du ticket modérateur resté à sa charge. Cependant, en pareilles circonstances, la mutuelle, subrogée dans les

<sup>96</sup> Sur l'existence d'un même dommage, voy. Cass., 21 octobre 1992, *R.G.* n° 9793; Cass., 16 mars 2004, *R.G.* n° P.03.1518.N; Cass., 19 décembre 2006, *R.G.* n° P.03.1518.N.

<sup>97</sup> R. CAPART et B. DEVOS, «Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie-invalidité», *op. cit.*, p. 91.

<sup>98</sup> Sur cette question, voy. X, «Le recours de l'assureur-loi et de la victime contre le tiers responsable», *op. cit.*, pp. 7/182 et s.

<sup>99</sup> À cet égard, la question de la rémunération brute ou nette a fait couler beaucoup d'encre et la solution est loin d'être unanime. Pour une synthèse de la question, voy. R. CAPART et B. DEVOS, «Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie-invalidité», *op. cit.*, pp. 102 et s.



droits de son assuré, aurait exercé son action subrogatoire et le tiers responsable aurait été amené, par la juxtaposition du recours de la victime et du recours subrogatoire de la mutuelle, à prendre en charge la totalité de la prestation médicale. Il apparaît donc légitime d'inclure dans l'assiette du recours de l'assureur-loi le montant de la prestation et non uniquement le ticket modérateur.

Les intérêts compensatoires font partie intégrante de l'assiette du recours. Celui-ci ne pourra toutefois pas excéder le total de l'indemnisation que la victime aurait pu obtenir, intérêts compensatoires compris, jusqu'à ce qu'intervienne la décision de droit commun, quand bien même la créance de l'assureur-loi comprendrait des intérêts compensatoires à partir d'une date antérieure à ladite décision de droit commun<sup>100</sup>.

Dans le cas d'un accident du travail mortel, il appartient à l'assureur de différencier les subrogations dont il se prévaut en fonction des indemnités effectuées au bénéfice des différents ayants droit. Cela s'explique par le fait que l'indemnité allouée selon le droit commun à la veuve de la victime d'un accident du travail ne répare pas le même dommage que la rente versée aux enfants, même s'il est tenu compte de la composition de ménage de la victime<sup>101</sup>. En effet, l'indemnité de droit commun qui est versée au veuf, d'une part, et aux orphelins, d'autre part, doit à chaque fois être comparée séparément avec l'indemnité forfaitaire légale qui leur revient<sup>102</sup>.

### 3. *Quid en cas de paiement partiel ?*

48. Le recours subrogatoire de l'assureur-loi peut entrer en concours avec le recours complémentaire de l'assuré, victime du dommage, pour l'obtention de l'indemnisation du préjudice non couvert en loi. La Cour de cassation a d'ailleurs précisé que « les victimes d'un accident du travail ou leurs ayants droit n'ont un recours contre le tiers responsable de l'accident que pour les seuls dommages ou parties du dommage qui ne seraient pas indemnisés en loi »<sup>103</sup>. Il appartient d'ailleurs au juge de s'assurer que la victime ne cumule pas une indemnisation forfaitaire avec une indemnisation de droit commun dans la mesure où cette interdiction de cumul relève de l'ordre public<sup>104</sup>.

C'est en considération de ces principes que la Cour de cassation a, par un arrêt du 6 janvier 2010, cassé une décision qui avait accordé à la victime une indemnité en droit commun pour des postes qui relèvent du champ d'application de la loi du 10 avril 1971 sans que le juge se soit assuré de l'absence d'intervention de l'assureur-loi en réparation de ces postes<sup>105</sup>. Par l'arrêt précité

<sup>100</sup> En ce sens, voy. Cass., 9 octobre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 953, *Dr. circ.*, 1997, p. 210.

<sup>101</sup> Cass., 25 janvier 1994, *Bull. ass.*, 1994, p. 94.

<sup>102</sup> Cass., 6 mai 2002, *Pas.*, 2002, p. 1065.

<sup>103</sup> Cass., 2 novembre 1994, R.G. n° P931493.F.

<sup>104</sup> Cass., 21 octobre 1992, R.G. n° 9793.

<sup>105</sup> Cass., 6 janvier 2010, *Pas.*, 2010, p. 20.

du 22 juin 2010, elle a également rappelé que « [l]a victime ou ses ayants droit peuvent ainsi prétendre à la réparation en droit commun des dommages corporels, dans la mesure où l'indemnité calculée sur la base du droit commun excède les indemnités légales payées à la victime ou à ses ayants droit en vertu de la loi du 10 avril 1971 et uniquement à concurrence de la différence »<sup>106</sup>.

49. En cas d'insolvabilité du tiers, qui de l'assureur-loi ou de la victime aura la préférence ? Il a été affirmé que « l'on ne décèle ni dans les travaux préparatoires, ni dans la loi elle-même la volonté du législateur de donner une préférence à l'action de l'assureur contre le tiers responsable en remboursement des indemnités payées à la victime ou à l'action de la victime elle-même contre ce tiers en complément du dommage non couvert en loi » pour juger que « le but du législateur n'est pas incompatible avec un partage au marc le franc, dès lors que la victime a obtenu le paiement de l'indemnité forfaitaire »<sup>107</sup>. Pour notre part, nous estimons qu'à défaut de disposition légale en sens contraire, il n'y a pas lieu de se départir de la règle inscrite à l'article 1252 du Code civil, qui donne la priorité au subrogeant.

## C. *L'opposabilité des exceptions*

### 1. *La transaction*

50. Dans le contentieux de l'assurance contre les accidents du travail, le caractère d'ordre public de la loi sur les accidents du travail interdit à l'assureur et à la victime de conclure une transaction portant sur les indemnités dues<sup>108</sup>. L'objet du recours ne pourra donc être impacté par l'existence d'une transaction.

51. En ce qui concerne la transaction conclue entre la victime et le tiers responsable, elle n'est pas opposable à l'assureur-loi si elle a été conclue sans son accord. La Cour de cassation s'est exprimée en ces termes : « une transaction intervenue entre la victime d'un accident du travail et le tiers responsable de cet accident sans l'accord de l'assureur-loi de cette victime n'est pas opposable à celui-ci ; [...] la renonciation de la victime résultant de pareille transaction ne prive l'assureur-loi ni du droit d'agir, ni de son intérêt à agir en justice, en sa qualité, acquise avant la transaction, de subrogé dans les droits de la victime, en application des articles 46, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>, et § 2, et 47 de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail, contre le tiers responsable en remboursement des décaissements qu'il a effectués, des indemnités qu'il a payées et du capital représentant la valeur de l'indemnité annuelle ou de la rente dont il est redevable en vertu de

<sup>106</sup> Cass., 22 juin 2010, R.G. n° P09.1912.N.

<sup>107</sup> Liège, 16 février 1988, *J.L.*, 1988, p. 885.

<sup>108</sup> P. MARCHAL, « La transaction », *op. cit.*, p. 4 et les références citées.



cette loi, et ce, jusqu'à concurrence de ce qui est dû en vertu du droit commun à la victime pour le même dommage que celui réparé en vertu de cette loi»<sup>109</sup>.

La Cour de cassation faisant état de la qualité de subrogé «acquise avant la transaction», il est permis de se demander si sa jurisprudence concerne également la transaction conclue antérieurement à la subrogation, auquel cas il conviendrait d'y voir une dérogation au principe selon lequel le débiteur peut opposer au subrogé les exceptions nées antérieurement à la subrogation. Pierre Marchal observe que «la Cour de cassation déduit l'inopposabilité de la transaction de la subrogation dans les droits de la victime, acquise avant la transaction» et en conclut qu'«à la suite de la subrogation, les droits de la victime deviennent indisponibles»<sup>110</sup>. En réalité, à la suite de la subrogation, les droits de la victime sont transférés à l'assureur, si bien que celle-ci n'est plus en mesure de conclure une transaction, conformément à l'article 2045, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil. La jurisprudence de la Cour de cassation ne peut, par conséquent, avoir de sens que si elle concerne la transaction conclue antérieurement à la subrogation et consacre, par conséquent, une exception au régime de droit commun selon lequel le subrogé peut se voir opposer les exceptions nées avant la subrogation. Il est étonnant que le législateur n'ait pas pris position sur ce point, comme il l'a fait pour la mutuelle.

Indépendamment de cette question, il convient de rappeler que l'article 46, § 2, de la loi du 10 avril 1971 prive la victime du choix entre la réparation en droit commun et l'indemnisation en loi. À ce propos, Pierre Marchal souligne qu'une transaction conclue entre la victime et le tiers responsable «au sujet des taux d'incapacités ou des indemnités, montants et capitaux y afférents, dus par l'assureur-loi [...] est dénuée d'objet, quel que soit le moment où elle intervient»<sup>111</sup>. Il est vrai que l'auteur, à l'heure d'examiner les conditions de validité de la transaction et plus particulièrement l'objet de celle-ci, avait mis en évidence le caractère d'ordre public des dispositions légales en matière d'accidents du travail pour exclure la transaction; l'objet touchant à l'ordre public, on ne peut en disposer et, par conséquent, transiger à son égard. Nous le concédons bien volontiers. Cela étant, il convient de ne pas perdre de vue la distinction – inhérente à l'étendue du recours de l'assureur-loi – entre l'objet du recours et l'assiette du recours, seul le premier étant affecté par les règles d'ordre public.

En pareilles circonstances, la question de l'opposabilité de la transaction apparaît devoir être posée en termes d'assiette du recours. Le tiers responsable peut-il se prévaloir de la transaction qu'il a conclue avec la victime afin de limiter l'assiette du recours et donc potentiellement le recours de l'assureur? L'intérêt évident est de mobiliser les concessions faites par la victime afin de

<sup>109</sup> Cass., 24 octobre 2001, *Pas.*, 2001, p. 1700; voy. également Cass., 17 avril 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 893; Cass., 20 juin 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 1178; Cass., 6 avril 1959, *Pas.*, 1959, I, p. 785; Cass., 13 septembre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 44.

<sup>110</sup> P. MARCHAL, «La transaction», *op. cit.*, p. 138.

<sup>111</sup> *Ibid.*

faire passer l'assiette du recours sous le seuil de l'objet du recours et ainsi priver l'assureur-loi de la possibilité de récupérer la totalité de ses débours. C'est précisément ce qui explique la solution retenue par la Cour de cassation, à savoir l'inopposabilité de la transaction à l'assureur s'il n'y a pas donné son accord. En revanche, «rien ne s'oppose à ce que la victime transige avec le tiers responsable au sujet du dommage qui ne ressortit pas au champ d'application de la loi du 10 avril 1971»<sup>112</sup>.

52. Concernant la transaction conclue entre l'assureur-loi et le tiers responsable ou son assureur de responsabilité civile, il convient de souligner qu'elle aurait précisément pour objet de déterminer l'étendue du recours subrogatoire de l'assureur-loi, en considération de l'objet et de l'assiette. Pierre Marchal souligne que la validité d'une telle transaction est incontestable, en raison du caractère supplétif des articles 46, § 2, et 47 de la loi du 10 avril 1971<sup>113</sup>. Cette affirmation nous paraît être en contradiction avec celle du même auteur concernant le caractère d'ordre public des dispositions légales en matière d'accidents du travail. La validité d'une telle transaction n'apparaît toutefois pas contestable dans la mesure où les concessions réciproques affecteront l'assiette du recours et donc le droit commun.

## 2. Le partage des responsabilités

53. À l'heure d'examiner la question du partage des responsabilités, la doctrine traditionnelle distingue, eu égard à l'immunité accordée à l'employeur, à ses mandataires et à ses préposés par l'article 46, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 10 avril 1971, l'hypothèse de l'accident dû au fait d'un tiers à l'entreprise et au fait de la victime elle-même et celle de l'accident dû au fait d'un tiers à l'entreprise et à celui de l'une des personnes immunisées civilement par la loi du 10 avril 1971.

### a) L'accident dû au fait d'un tiers et au fait de la victime

54. Dans cette première hypothèse, la Cour de cassation a, par un arrêt du 10 janvier 1992, jugé que «cette subrogation n'est pas limitée à la fraction des indemnités légales payées correspondant à la part de responsabilité mise à charge du tiers» au motif que «[l]a limitation du droit de subrogation de l'assureur-loi à cette fraction permettrait soit à la victime ou ses ayants droit, contrairement aux dispositions prévues à l'article 46 de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail, de cumuler pour le même dommage les indemnités légales avec la réparation de droit commun, soit au tiers responsable de se procurer un avantage illicite en ce qu'il ne répare pas intégralement le dommage qu'il a causé»<sup>114</sup>. La Cour de cassation a donc consacré le droit de l'assureur-loi

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> *Ibid.*

<sup>114</sup> Cass., 10 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 398, *R.G.A.R.*, 1992, n° 12.058, note J. SCHRIJVERS.



de se prévaloir de la subrogation à concurrence du total de ses décaissements, même sur une indemnité qui ne répare que partiellement le dommage. Ce faisant, elle a rompu avec sa jurisprudence antérieure<sup>115</sup> et a reconnu, à l'instar de ce qui prévaut dans le cadre de la subrogation consentie à l'assureur privé et de la subrogation consentie à la mutuelle, que le partage de responsabilités affecte l'assiette de la subrogation, et non son objet<sup>116</sup>.

Cette solution a été rappelée dans un arrêt du 16 janvier 2012 en ces termes : « [l]a subrogation n'est pas limitée à la fraction des indemnités légales payées qui correspond à la fraction de la responsabilité incombant au tiers »<sup>117</sup>. À noter que cette décision cadre mal avec la distinction proposée par la doctrine dans la mesure où les juges d'appel avaient constaté que le dommage est né du concours d'une faute de la victime et de son employeur et d'un vice de la chose relevant de la responsabilité d'un tiers et que ces fautes ont contribué dans une même mesure au dommage.

#### b) L'accident dû au fait d'un tiers et au fait d'une personne immunisée

55. Cette seconde hypothèse implique de tenir compte de la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle lorsqu'un dommage a été causé par les fautes respectives de deux personnes, la circonstance que ce dommage résulte d'un accident du travail est sans effet sur l'obligation à la réparation intégrale à laquelle est tenue envers la victime, en l'absence de faute de celle-ci, celle de ces personnes qui n'est ni l'employeur de la victime, ni son mandataire, ni son préposé<sup>118</sup>. Par un arrêt du 19 juin 2015, la Cour de cassation a d'ailleurs rappelé que « celui qui est responsable de l'accident du travail et qui a indemnisé l'assureur-loi de ses dépenses envers la victime et ses ayants droit ne dispose d'une action en responsabilité civile contre l'employeur coresponsable de la victime que dans les cas prévus par l'article 46, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail »<sup>119</sup>.

En d'autres termes, l'immunité accordée par l'article 46 de la loi du 10 avril 1971 est opposable au tiers à l'entreprise, si bien que le recours contributoire de ce dernier contre le bénéficiaire de l'immunité apparaît purement hypothétique. Il assumera donc seul les conséquences de l'action subrogatoire de l'assureur à qui il ne pourra pas opposer le partage des responsabilités. Le tiers étant tenu pour le tout (*in solidum*), l'assiette du recours ne sera pas affectée.

<sup>115</sup> Cass., 13 juin 1972, *Pas.*, I, p. 942; Cass., 6 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 476; Cass., 25 avril 1990, *R.G.A.R.*, 1992, n° 11.973.

<sup>116</sup> En ce sens, voy. J. SCHRIJVERS, « L'action subrogatoire en matière d'assurance », note sous Cass., 10 janvier 1992, *R.G.A.R.*, 1992, n° 12.058 et N. SIMAR, « Le recours de l'assureur-loi », in *Assurances, roulage, préjudice corporel*, coll. CUP, vol. 44, Liège, 2001, p. 283.

<sup>117</sup> Cass., 16 janvier 2012, *R.G.* n° C.11.0256.N.

<sup>118</sup> Cass., 27 novembre 1986, *Pas.*, I, 1987, p. 391, *Bull. ass.*, 1987, p. 416, obs. L. V.G., *R.W.*, 1986-1987, p. 2327, *J.T.*, 1987, p. 149.

<sup>119</sup> Cass., 19 juin 2015, *R.G.* n° C.14.0169.N.

## D. L'existence d'un droit propre

56. Par un arrêt du 24 avril 2002, la Cour de cassation a cassé un jugement qui avait fait droit à la demande introduite, sur le pied de l'article 1382 du Code civil, par une compagnie d'assurances intervenant en qualité d'assureur-loi pour une administration publique en vue d'obtenir le remboursement du salaire brut payé à la victime d'un accident du travail au motif que l'assureur n'est pas l'employeur de la victime et n'a donc pas subi de dommage lié à la privation des prestations de travail de cette personne<sup>120</sup>. La solution que consacre cet arrêt peut-elle être étendue à l'assureur-loi couvrant un employeur privé ?

La question apparaît biaisée dans la mesure où l'arrêt de la Cour de cassation n'est pas exempt de critiques. En effet, le fondement de l'action de l'assureur-loi n'est pas indiqué clairement, l'arrêt faisant état de la subrogation sur le pied de l'article 14 de la loi du 3 juillet 1967 et du recours direct sur le pied de l'article 1382 du Code civil. Or, ledit article 14 accorde, en ses §§ 2 et 3, une subrogation de plein droit aux seules personnes morales et établissements susvisés qui supportent la charge de la rente ou de la rémunération, à l'exclusion de leur assureur facultatif. Le fondement de la subrogation de cet assureur doit en réalité être recherché dans l'article 95 de la loi du 4 avril 2014. Conformément à cette disposition, l'assureur-loi est subrogé dans les droits de son assuré, c'est-à-dire la personne morale ou l'établissement visé à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 3 juillet 1967, et doit, par conséquent, pouvoir faire valoir aussi bien la subrogation dont bénéficie ce dernier conformément à l'article 14 de la loi du 3 juillet 1967 que le droit propre dont bénéficie ce même assuré sur le pied de l'article 1382 du Code civil<sup>121</sup>.

Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> février 2018, la Cour constitutionnelle a d'ailleurs relevé que « [l]e régime des accidents du travail dans le secteur public présente des caractéristiques propres. Ainsi, la victime d'un accident du travail qui bénéficie du régime de la loi du 3 juillet 1967 a comme débiteur l'autorité qui l'occupait au moment de l'accident. Cette autorité peut s'assurer pour couvrir ce risque, mais, même dans ce cas, la victime ne dispose d'aucune action directe contre l'assureur des accidents du travail de l'autorité dont elle dépend »<sup>122</sup>. Constatant qu'une assurance des accidents du travail conclue par l'autorité publique est une assurance à caractère indemnitaire au sens de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, la Cour constitutionnelle confirme qu'« en vertu de l'article 95 de cette loi, l'assureur est, du fait du paiement à l'assuré, en l'espèce l'administration publique, subrogé dans les droits de recours de cet assuré contre le tiers responsable ».

Dans le secteur privé, l'assureur-loi est subrogé dans les droits de la victime ou de ses ayants droit, et non dans ceux de l'employeur. Il en résulte qu'il ne serait de toute façon pas autorisé à faire valoir l'éventuelle action directe « géné-

<sup>120</sup> Cass., 24 avril 2002, *Bull. ass.*, 2002, p. 951, *Pas.*, 2002, p. 991, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.639.

<sup>121</sup> En ce sens, voy. J. WILDERMEERSCH et J. LOLY, « La subrogation de l'assureur », *op. cit.*, pp. 88 à 91.

<sup>122</sup> C.C., 1<sup>er</sup> février 2018, n° 10/2018.



rale » qui serait reconnue à l'employeur privé<sup>123</sup>. Quant à la reconnaissance d'un droit propre à l'assureur-loi d'un employeur privé, la cour d'appel de Liège a, par un arrêt du 3 mars 2009, jugé que l'assureur-loi ne peut prétendre avoir subi un dommage propre lié à la privation des prestations de travail de la victime, son intervention n'étant que la contrepartie des primes versées par le preneur d'assurance<sup>124</sup>. Cela est somme toute logique si l'on veut bien se rappeler que le droit propre n'a été reconnu à l'employeur public qu'en raison du dommage constitué par l'absence de prestations de travail en contrepartie de l'obligation de continuer à payer la rémunération et les charges grevant cette rémunération.

57. Cette décision peut être lue parallèlement aux arrêts que la Cour constitutionnelle<sup>125</sup> a prononcés concernant la différence de traitement entre, d'une part, le tiers responsable d'un accident dont serait victime un agent du secteur public et, d'autre part, le tiers responsable d'un accident dont serait victime un travailleur du secteur privé, en raison de la reconnaissance à l'employeur public d'un droit propre sur le pied de l'article 1382 du Code civil. En effet, ce droit propre permet à l'employeur public de réclamer au tiers responsable non seulement la rémunération versée à son agent, mais également les charges sociales et fiscales y afférentes<sup>126</sup>.

Dans ces arrêts, la Cour constitutionnelle a distingué les accidents du travail survenus sur le chemin du travail et les autres accidents, à savoir les accidents de la vie privée à l'origine desquels un tiers responsable peut être identifié. Concernant les premiers, elle a estimé que « [l']article 1382 du Code civil ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il est interprété comme ne pouvant être invoqué par un employeur du secteur privé qui, pour obtenir le remboursement des sommes qu'il a dû payer à un travailleur se trouvant en incapacité de travail à la suite d'un accident survenu sur le chemin du travail, exercerait une action contre le tiers responsable de cet accident ». La Cour a justifié son point de vue par le fait que « la législation sur les accidents du travail dans le secteur privé (art. 49 de la loi du 10 avril 1971) met à charge de l'employeur une obligation que la législation sur les accidents du travail dans le secteur public (loi du 3 juillet 1967) ne prévoit pas, à savoir celle de souscrire une assurance qui, si elle oblige l'employeur privé au paiement de primes, ne lui impose que des obligations limitées à l'égard du travailleur, lequel peut agir directement contre l'assureur ».

Concernant les autres accidents, la Cour constitutionnelle a, en revanche, reconnu que « [l']article 1382 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il est interprété comme ne pouvant être invoqué par un

employeur du secteur privé qui, pour obtenir le remboursement des sommes qu'il a dû payer à un travailleur se trouvant en incapacité de travail à la suite d'un accident autre qu'un accident du travail ou qu'un accident survenu sur le chemin du travail, exercerait une action contre le tiers responsable de cet accident ». La Cour a toutefois indiqué ne pas apercevoir d'obstacle à ce que l'application de la jurisprudence de la Cour de cassation concernant le droit propre de l'employeur public puisse être étendue aux employeurs du secteur privé<sup>127</sup>.

58. Il s'impose toutefois de constater que l'assureur-loi ne pourrait de toute façon pas se prévaloir de cet éventuel droit propre puisque, comme nous avons eu l'occasion de le souligner, il n'est pas subrogé dans les droits de l'employeur privé, mais bien dans ceux de la victime ou de ses ayants droit.

Cependant, lorsque l'employeur public fait le choix de souscrire une assurance pour couvrir les dépenses résultant de l'incapacité de ses fonctionnaires, l'assureur concerné bénéficie de la subrogation légale inscrite à l'article 95 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances. Il peut, par conséquent, faire valoir tous les droits et actions dont dispose l'employeur public, y compris l'action personnelle fondée sur l'article 1382 du Code civil qui lui permettra de récupérer l'ensemble des salaires décaissés, charges sociales et fiscales comprises. N'y a-t-il pas une différence de traitement entre l'assureur de l'employeur privé et l'assureur d'un employeur public dans la mesure où le second, subrogé dans les droits de l'employeur public, peut récupérer l'ensemble des salaires décaissés sur la base du recours direct de l'employeur public alors que le premier, subrogé dans les droits de la victime, ne récupérera généralement qu'une partie de ceux-ci, son recours étant limité par l'indemnisation en droit commun ? La suppression de cette discrimination nous paraît devoir passer par la suppression du recours propre de l'employeur public.

### Section 3

#### La subrogation consentie à la mutuelle

59. L'article 136, § 2, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1991, interdit, dans un alinéa 1<sup>er</sup>, le cumul entre la réparation en assurance maladie-invalidité et la réparation allouée par une autre législation ou le droit commun. En principe, la mutuelle ne doit donc pas intervenir lorsque le dommage qui est de nature à donner lieu à l'application de la loi du 14 juillet 1994 entraîne l'intervention d'un tiers.

L'alinéa 3 de cette même disposition prévoit toutefois une intervention de la mutuelle à titre provisionnel, « en attendant que le dommage soit effectivement réparé ». Comme le souligne Anouk Gille, « [c]e principe est justifié par le souhait du législateur de ne pas laisser les victimes d'un accident avec tiers

<sup>123</sup> À l'heure actuelle, l'employeur privé dispose d'une action directe consacrée aux articles 52 et 75 de la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail en matière de salaire garanti respectivement aux ouvriers et aux employés.

<sup>124</sup> Liège, 3 mars 2009, R.G.A.R., 2010, n° 14.699.

<sup>125</sup> C.C., 17 avril 2008, n° 65/2008 ; C.C., 7 novembre 2007, n° 135/2007.

<sup>126</sup> Cass., 18 novembre 2011, R.G. n° C.09.0521.F ; Cass., 23 octobre 2013, R.G. n° P.13.0727.E

<sup>127</sup> C.C., 7 novembre 2007, n° 135/2007.



responsable dans une situation encore plus difficile en les privant des bénéfices d'une sécurité sociale pour laquelle elles ont cotisé»<sup>128</sup>.

En contrepartie de cette indemnisation provisionnelle, la mutualité s'est vu reconnaître, à l'alinéa 4, un droit de subrogation libellé en ces termes : «[l']organisme assureur est subrogé de plein droit au bénéficiaire ; cette subrogation vaut, à concurrence du montant des prestations octroyées, pour la totalité des sommes qui sont dues en vertu d'une législation belge, d'une législation étrangère ou du droit commun et qui réparent partiellement ou totalement le dommage visé à l'alinéa 1<sup>er</sup>».

## A. Les protagonistes

### 1. Le subrogé

60. L'article 136, § 2, alinéa 4, de la loi du 3 juillet 1967 prévoit que «l'organisme assureur est subrogé de plein droit au bénéficiaire». À cet égard, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler, par un arrêt du 20 octobre 2016<sup>129</sup>, que cette subrogation intervient, pour reprendre les mots du premier commentateur de cet arrêt, «dès l'instant où il est acquis que la victime a perçu des indemnités de la mutuelle»<sup>130</sup>. En conséquence, il appartient au juge appelé à se prononcer dans le cadre du recours de la victime contre le tiers responsable, de réserver à statuer sur le préjudice résultant, en droit commun, du dommage professionnel lorsqu'il constate que la victime perçoit depuis l'accident une indemnité de la mutuelle et qu'aucune pièce n'est cependant produite au débat afin de déterminer le montant versé par celle-ci.

### 2. Le subrogeant

61. Conformément à l'article 136, § 2, alinéa 4, de la loi du 14 juillet 1994, la subrogation est acquise à la mutuelle «dans les droits du bénéficiaire». Par un arrêt du 22 octobre 2007, la Cour de cassation a considéré que «lorsqu'un organisme assureur, qui a octroyé à la victime d'un accident des prestations de l'assurance, demande au responsable du dommage ou à son assureur de la responsabilité civile le remboursement de ces prestations, il n'exerce pas une action distincte de celle de la victime mais, par une demande distincte de celle de la victime, il exerce l'action en paiement des indemnités de la victime elle-même, à laquelle il est subrogé de plein droit. L'organisme assureur ainsi subrogé à la victime peut, dès lors, au même titre que celle-ci, invoquer contre l'auteur responsable du dommage la présomption de responsabilité instituée par l'ar-

<sup>128</sup> A. GILLE, «L'assurance et la victime face à la mutualité», in *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthemis, 2016, p. 164.

<sup>129</sup> Cass., 20 octobre 2016, R.G. n° 16.0014.F.

<sup>130</sup> C. DELBRASSINE, «La subrogation de la mutuelle», *Les Pages*, 2017, liv. 13, p. 4.

ticle 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, qui existe en faveur des seules personnes directement victimes du dommage»<sup>131</sup>.

62. Afin de permettre à la mutuelle d'exercer son recours subrogatoire, le bénéficiaire des prestations est tenu d'une obligation d'information. Aux termes de l'article 295, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 3 juillet 1996 portant exécution de l'article 136 de la loi coordonnée du 14 juillet 1994, «L'octroi des prestations prévu à l'article 136, § 2, de la loi coordonnée est subordonné aux conditions que celui qui, pour lui-même ou pour les personnes à sa charge, fait appel aux prestations de l'assurance, mette son organisme assureur dans la possibilité d'exercer le droit visé à cet article et l'informe : 1° de ce que le dommage qui motive cet appel est susceptible d'être couvert par le droit commun ou par une autre législation belge ou étrangère ; 2° de tous les éléments ou circonstances de nature à établir si le dommage doit être réparé en vertu du droit commun ou d'une autre législation, y compris les informations ou actes judiciaires dont lui-même ou les personnes à sa charge seraient l'objet à propos du dommage ; 3° de toute action ou autre procédure engagée en vue d'obtenir, pour lui-même ou pour les personnes à sa charge, la réparation du dommage en vertu du droit commun ou d'une autre législation».

### 3. Le débiteur

63. L'article 136, § 2, alinéa 4, de la loi du 14 juillet 1994 vise les sommes dues «en vertu d'une législation belge, d'une législation étrangère ou du droit commun». Le débiteur est donc toute personne appelée à intervenir au profit de la victime, sans que cette intervention soit limitée au droit de la responsabilité. Il s'agit d'une différence par rapport aux recours de l'assureur privé et de l'assureur-loi.

En vertu de l'article 136, § 2, alinéa 6, le débiteur de la réparation ou les compagnies d'assurances responsabilité civile qui y sont assimilées ont l'obligation d'avertir la mutuelle de leur intention d'indemniser le bénéficiaire et de lui transmettre, si elle n'y est pas partie, une copie des accords ou décisions de justice intervenues. À l'alinéa 7, il est prévu que le débiteur de la réparation qui aurait omis d'informer la mutuelle ne peut opposer à celle-ci les paiements effectués en faveur du bénéficiaire et qu'«en cas de double paiement, ces paiements resteront définitivement acquis au bénéficiaire». Il s'agit là d'une dérogation à l'interdiction de cumul dans la mesure où la victime conservera, pour un même dommage, l'indemnité perçue de la mutuelle et celle perçue du tiers. La mutuelle apparaît donc privée de la possibilité d'agir à l'encontre de la victime sur le pied de l'article 174 de la loi du 14 juillet 1994 en paiement d'indu.

Par un arrêt du 15 mars 2010, la Cour de cassation a d'ailleurs indiqué que «l'existence d'un jugement condamnant le débiteur de la réparation à indemniser le bénéficiaire, d'une part, n'exonère pas l'organisme assureur de son obliga-

<sup>131</sup> Cass., 22 octobre 2007, J.T.T., 2008, p. 997.



tion d'octroyer les prestations prévues par la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités dans l'attente de l'exécution effective de ce jugement et de l'annonce par le débiteur de la réparation de cette exécution, à tout le moins, de l'intention d'exécuter le jugement et, d'autre part, ne prive pas cet organisme assureur du droit de réclamer par la voie de son droit de recours subrogatoire le remboursement des prestations qu'il a octroyées dans l'attente de l'avertissement du débiteur de la réparation visé à l'article 136, § 2, alinéa 6, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités<sup>132</sup>. La jurisprudence de fond en a déduit que «L'irrespect de l'obligation d'information de l'organisme assureur par le débiteur de la réparation est sanctionné par l'inopposabilité des paiements faits par ce dernier en sorte que ce qui est acquis par la victime par deux versements l'est définitivement»<sup>133</sup>.

64. Enfin, signalons qu'il résulte d'un arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 2004 que «le recours subrogatoire prévu en faveur de l'organisme assureur peut être exercé contre la personne responsable du dommage en vertu du droit commun, même si cette personne est le père de l'enfant bénéficiaire des prestations et possède la qualité de titulaire, au sens de l'article 2, f), de la loi du 9 août 1963 et, dès lors, contre l'assureur de la responsabilité civile du titulaire»<sup>134</sup>. Il s'agit là d'une différence notable avec la subrogation que connaît l'assureur privé dans la mesure où celui-ci ne peut agir contre les membres de la famille et les proches de l'assuré. En outre, la qualité de titulaire implique la qualité d'assuré, si bien qu'il convient d'y voir une dérogation au principe selon lequel l'assureur ne peut intenter un recours subrogatoire à l'encontre de son assuré.

## B. L'étendue de la subrogation

65. Le droit de subrogation inscrit à l'article 136, § 2, alinéa 4, est limité par le dommage de la victime en droit commun et par les sommes effectivement payées par la mutualité sur la base de la loi du 14 juillet 1994 relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités<sup>135</sup>. Déterminer l'étendue du recours subrogatoire accordé à la mutualité implique, par conséquent, de comparer les sommes obtenues du tiers responsable (assiette du recours) avec les indemnités effectivement versées par la mutualité (objet du recours), cette dernière ayant droit à la plus petite des deux sommes<sup>136</sup>.

66. Afin de faciliter le recours subrogatoire de la mutuelle à l'encontre de l'assureur R.C., une convention a été conclue entre Assuralia et le Collège

<sup>132</sup> Cass., 15 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 881; voy. également Cass., 29 mai 2006, *Pas.*, 2006, p. 294.

<sup>133</sup> C. trav. Mons, 11 avril 2013, R.G. n° 2011/AM/419.

<sup>134</sup> Cass., 12 janvier 2004, R.G. n° C.03.0327.F.

<sup>135</sup> Sur l'application concrète de cette double limite, voy. O. MICHIELS, «L'action subrogatoire de l'organisme assureur», in *Assurances, roulage, préjudice corporel*, coll. CUP, vol. 44, Liège, 2001, pp. 258 et s.

<sup>136</sup> A. GILLE, «L'assurance et la victime face à la mutualité», *op. cit.*, p. 168.

intermutualiste national. Celle-ci a précisément pour objectif d'améliorer la communication entre les assureurs maladie-invalidité et les assureurs responsabilité civile et d'éviter ou limiter les difficultés résultant de la comparaison entre l'assiette et l'objet du recours<sup>137</sup>.

## 1. L'objet du recours

67. L'article 136, § 2, alinéa 4, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 précise que la subrogation vaut «à concurrence du montant des prestations octroyées». L'objet du recours, soit les décaissements opérés par la mutuelle, est déterminé par les dispositions de la loi du 14 juillet 1994.

Par conséquent, celui-ci recouvre les indemnités versées en compensation de la perte de capacité économique de la victime (art. 100), les soins de santé (art. 34 et s.) ou encore l'aide d'une tierce personne, laquelle est accordée au regard des activités suivantes : se déplacer, absorber ou préparer sa nourriture, assurer son hygiène personnelle et s'habiller, assurer l'hygiène de son habitat et accomplir des tâches ménagères, vivre sans surveillance, être conscient des dangers et être en mesure de les éviter, communiquer et avoir des contacts sociaux.

À propos des indemnités pour incapacité de travail, la Cour de cassation a, par un arrêt du 11 octobre 1999, précisé que «la décision de l'organisme assureur en matière de maladie-invalidité qui constate l'état des capacités de travail ou d'invalidité ne peut être critiquée devant le juge qui statue sur l'action de l'assureur subrogé contre le tiers responsable de l'accident. Est illégal l'arrêt qui rejette l'action de l'organisme assureur pour les périodes où le degré d'incapacité de travail est inférieur au pourcentage de 66 % requis par l'article 56 de la loi du 9 août 1963»<sup>138</sup>, actuel article 100 de la loi coordonnée du 14 juillet 1994. La Cour de cassation, aux termes d'un arrêt du 9 février 2004, autorise toutefois le juge à contrôler que les indemnités payées par l'assurance maladie-invalidité sont bien accordées en conformité avec la décision du médecin-conseil, que l'affilié est en règle de stage et qu'il n'a pas déjà été indemnisé<sup>139</sup>.

Quant aux soins de santé, il convient de souligner que seule la quote-part à charge de la mutualité relève de l'objet du recours, à l'exclusion du ticket modérateur laissé à charge de la victime.

Concernant les intérêts, la Cour de cassation a estimé que si les sommes qui sont dues à la victime en droit commun produisent des intérêts, la mutuelle a droit, en vertu de la subrogation, aux intérêts calculés au même taux sur les sommes qu'elle est en droit de réclamer en raison de la subrogation<sup>140</sup>.

<sup>137</sup> Sur cette convention, voy. R. CAPART et B. DEVOS, «Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie-invalidité», *op. cit.*, pp. 141 et 142.

<sup>138</sup> Cass., 11 octobre 1999, *Pas.*, 1999, p. 524.

<sup>139</sup> Cass., 9 février 2004, *Pas.*, 2004, p. 239.

<sup>140</sup> Cass., 12 novembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 270; Cass., 7 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 954; Cass., 2 décembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 404; Cass., 4 mars 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 810.



68. Par ailleurs, c'est l'ensemble des décaissements qui ont été effectués au profit du bénéficiaire qui doivent être pris en considération, même si le paiement n'a pas été fait au bénéficiaire lui-même. Cela résulte d'un arrêt de la Cour de cassation du 9 mai 2016 libellé en ces termes : « L'article 136, § 2, alinéa 4, de la loi, qui prévoit en termes généraux que la subrogation vaut jusqu'à concurrence du montant des prestations octroyées, n'établit pas de distinction selon la personne à qui les prestations sont payées. Il s'ensuit que cette subrogation vaut jusqu'à concurrence du montant tant des prestations payées au bénéficiaire lui-même que de celles payées au profit du bénéficiaire, directement aux prestataires ou aux institutions de soins »<sup>141</sup>. Dans le cas soumis à la censure de la Cour de cassation, il s'agissait d'une allocation pour soins et assistance dans les actes de la vie journalière accordée à une maison de repos et de soins au profit de ses résidents.

69. Il est important de souligner que seuls font partie de l'objet du recours de la mutuelle les décaissements en rapport avec l'accident pour lequel l'intervention du tiers est recherchée conformément à une législation belge, une législation étrangère ou le droit commun. Aux termes de l'article 138 de la loi coordonnée du 14 juillet 1994, ces prestations sont identifiées dans des listes dressées sous forme de fichiers intégrés au moyen des données conservées ou traitées par voie électronique. Or, l'alinéa 3 de cette disposition précise qu'« après authentification par un mandataire de l'organisme assureur ou de l'office de tarification agréé par le fonctionnaire dirigeant du Service du contrôle administratif, ces listes font foi jusqu'à preuve du contraire, également à l'égard de tiers ».

Il en résulte que « l'assureur maladie-invalidité dispose d'un mode de preuve spécifique dans la mesure où il peut certifier lui-même les prestations dont il réclame le remboursement sans possibilité de contestation sur le *quantum* »<sup>142</sup>. La Cour de cassation a toutefois précisé qu'« il ne résulte pas du fait que l'existence des sommes est établie qu'il existe un lien de causalité entre les sommes et l'accident »<sup>143</sup>. Rodrigue Capart et Bruno Devos en déduisent qu'il appartient à la mutuelle de démontrer que les décaissements qu'elle a effectués ont une cause médicale identique à celle qui justifie l'intervention du tiers<sup>144</sup>. En tout état de cause, il convient d'inviter le tiers à vérifier la date et le code INAMI de la prestation pour « établir » si cette dernière relève bien de l'accident et de reconnaître que le tiers « doit agir avec une confiance mitigée et souvent se contenter de présomptions »<sup>145</sup>.

Il s'ensuit que l'objet du recours de la mutuelle, à l'instar de ce qui a été dit à propos de l'assureur-loi, ne pourra que rarement être contesté par le tiers.

<sup>141</sup> Cass., 9 mai 2016, R.G. n° C.13.0252.N.

<sup>142</sup> R. CAPART et B. DEVOS, « Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie-invalidité », *op. cit.*, p. 135.

<sup>143</sup> Cass., 7 février 2000, *Pas.*, 2000, p. 95.

<sup>144</sup> R. CAPART et B. DEVOS, « Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie-invalidité », *op. cit.*, p. 135.

<sup>145</sup> X, « Le recours de la mutuelle », in *Manuel de la réparation des dommages corporels en droit commun*, Waterloo, Kluwer, mis à jour jusqu'au 15 avril 2006, p. 8/11.

## 2. L'assiette du recours

70. L'article 136, § 2, alinéa 4, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 indique que la subrogation vaut « pour la totalité des sommes qui sont dues en vertu d'une législation belge, d'une législation étrangère ou du droit commun et qui réparent partiellement ou totalement le dommage visé à l'alinéa 1<sup>er</sup> ». Autrement dit, l'assiette du recours est constituée par la totalité des sommes que la victime aurait pu obtenir si la mutuelle n'était pas intervenue.

La détermination de l'assiette du recours soulève toutefois deux questions. La première concerne l'approche qu'il convient de retenir pour identifier les postes du dommage de droit commun qui rentrent dans l'assiette du recours tandis que la seconde porte sur l'indemnisation de la perte d'une chance.

### a) Approche globale ou poste par poste

71. Il est acquis, à l'instar de ce qui a pu être dit à propos du recours de l'assureur privé et de l'assureur-loi, que la subrogation de la mutuelle ne joue que pour les dommages dans la réparation desquels elle est intervenue, soit les soins de santé, l'aide d'une tierce personne et l'incapacité de travail. Son recours subrogatoire ne peut donc jamais porter sur le dommage aux biens, le dommage moral, le préjudice d'agrément, le préjudice sexuel... La question du préjudice ménager est plus délicate dans la mesure où la mutuelle accorde une allocation pour l'aide d'une tierce personne en considération de différents critères, au rang desquels figure le fait de pouvoir assurer l'hygiène de son habitat et d'accomplir des tâches ménagères. Dans la mesure où, pour déterminer la nécessité d'une aide de tiers, le médecin-conseil attribue un score de 0 à 3 points en fonction des tâches concrètes qui peuvent encore être effectuées, il conviendra de vérifier sa décision et le score qui a été réservé au critère des tâches ménagères afin de déterminer si le préjudice ménager reconnu en droit commun doit intégrer ou non l'assiette du recours.

Pour tous les postes de son préjudice qui ne relèvent pas du domaine d'intervention de la mutualité, l'assuré social conserve son droit de recours contre le tiers responsable. Ceci étant, il convient de se demander si la mutuelle peut faire valoir sa subrogation sur la totalité des montants qui sont alloués en droit commun pour réparer les postes du préjudice qui relèvent du champ d'application de la loi coordonnée du 14 juillet 1991. La doctrine s'est parfois posé la question suivante : « la mutualité a-t-elle un droit subrogatoire sur la totalité du dommage de la victime ou uniquement sur le(s) poste(s) pour le(s)quel(s) elle est intervenue ? »<sup>146</sup>. En ces termes, la question nous paraît mal posée puisqu'elle laisse entendre que la mutuelle pourrait avoir un droit sur les indemnités de

<sup>146</sup> A. GILLE, « L'assurance et la victime face à la mutualité », *op. cit.*, p. 170.



droit commun qui sortent du champ d'application de la loi coordonnée du 14 juillet 1991, ce qui n'est absolument pas le cas<sup>147</sup>.

72. Dans ce cadre, il convient tout d'abord de rappeler que l'indemnisation des soins de santé laisse à charge de l'assuré social une quote-part constitutive du ticket modérateur. Dans la mesure où ce poste ne fait pas partie des décaissements opérés par la mutualité, doit-il être intégré à l'assiette du recours subrogatoire de la mutuelle ? Par un arrêt du 8 octobre 2007, la Cour de cassation a précisé que « le montant du dommage qu'a subi le bénéficiaire consistant dans la quote-part des frais médicaux que la législation sur l'assurance obligatoire en matière de soins de santé laisse à sa charge n'est pas exclu de la subrogation de l'organisme assureur »<sup>148</sup>. Alors que le ticket modérateur ne fait pas partie de l'objet du recours, à défaut d'avoir été versé à l'assuré social, il est inclus dans l'assiette du recours de la mutuelle, au détriment donc de l'assuré social qui ne peut en demander la réparation au tiers dans le cadre de son recours résiduaire.

Au-delà de cette précision, la question demeure de savoir si la mutuelle qui a octroyé des indemnités d'incapacité de travail peut faire porter sa subrogation sur l'ensemble des montants alloués en droit commun en réparation du dommage résultant de l'incapacité temporaire et de l'incapacité permanente<sup>149</sup>.

Le problème semble venir du fait que la consolidation ne sera pas nécessairement fixée à la même date par le médecin-conseil de la mutuelle et par l'expert désigné en droit commun et du fait que la mutuelle n'intervient qu'en présence d'une incapacité supérieure à 66 % (art. 100 de la loi coordonnée) là où l'expert en droit commun aura vraisemblablement retenu des taux dégressifs.

Il convient ici de se remémorer l'arrêt de la Cour de cassation du 11 octobre 1999 mentionné au titre de l'objet du recours et aux termes duquel la décision de la mutuelle ne peut être critiquée devant le juge qui statue sur son recours subrogatoire. Par un arrêt du 6 janvier 2003, la Cour de cassation a précisé que « le juge saisi de l'action subrogatoire de l'organisme assureur n'a pas la compétence pour écarter les conclusions du médecin-conseil », ce qui renvoie à l'objet du recours. Elle a toutefois ajouté qu'il n'appartient pas à ce même juge « de réduire l'assiette de la subrogation compte tenu du taux d'incapacité déterminé en droit commun »<sup>150</sup>. Il ne nous paraît cependant pas être question d'une « réduction » de l'assiette, mais tout simplement de la détermination de celle-ci conformément aux taux retenus en droit commun. Aucune contradiction ne nous paraît, par conséquent, devoir être relevée entre, d'une part, la règle déduite des arrêts de la Cour de cassation du 11 octobre 1999 et du 6 janvier 2003 et, d'autre part, la limitation du recours subrogatoire de l'assureur

<sup>147</sup> X, « Le recours de la mutuelle », *op. cit.*, p. 8/3.

<sup>148</sup> Cass., 8 octobre 2007, R.G. n° C.06.0350.F; voy. également Cass., 8 septembre 2014, R.G. n° C.09.0546.F.

<sup>149</sup> X, « Le recours de la mutuelle », *op. cit.*, p. 8/4.

<sup>150</sup> Cass., 6 janvier 2003, R.G. n° C.00.0140.N.

maladie-invalidité au montant dû par le tiers responsable en droit commun<sup>151</sup>. La Cour de cassation a toutefois cru devoir préciser, dans un arrêt du 21 janvier 2009 concernant le préjudice matériel résultant de l'incapacité, que « justifie légalement sa décision le jugement qui énonce que les sommes qu'il exclut de l'assiette du recours subrogatoire de l'organisme assureur couvrent un dommage autre que celui causé par la faute du prévenu et partant ne constituent pas les sommes dues en application du droit commun »<sup>152</sup>. À nouveau, il ne nous paraît pas devoir être question d'une « exclusion » de l'assiette dans la mesure où celle-ci ne comprend précisément que ce que la victime aurait pu obtenir en droit commun, soit l'indemnisation calculée conformément aux taux d'incapacité retenus en droit commun. La solution de la Cour de cassation nous paraît compliquer inutilement le débat en recourant à des artifices superflus. En définitive, il ne s'agit jamais que de ne pas confondre les modes d'indemnisation des différents régimes, comme déjà précisé aux titres des recours de l'assureur privé et de l'assureur-loi.

73. Ceci étant, il apparaît que dans l'hypothèse où les prestations de la mutuelle couvrent la même période que celle pour laquelle le bénéficiaire est admissible, en droit commun, à une indemnité pour incapacité temporaire de travail, la mutuelle ne peut faire porter sa subrogation que sur les montants dus en droit commun pour le dommage matériel résultant de l'incapacité temporaire<sup>153</sup>, à l'exclusion des montants dus pour le dommage matériel résultant de l'incapacité permanente.

74. En revanche, dans l'hypothèse où la mutuelle a octroyé des prestations à la fois pendant les périodes qualifiées en droit commun d'incapacité temporaire et d'incapacité permanente, l'étendue du recours subrogatoire accordé à la mutuelle sera-t-elle déterminée, conformément à une approche globale, par les indemnités accordées en droit commun pour l'incapacité temporaire et l'incapacité permanente confondues ou selon une ventilation entre l'incapacité temporaire et l'incapacité permanente ?

Sur cette question, la jurisprudence de la Cour de cassation est divisée. Par un arrêt du 21 avril 2008<sup>154</sup>, elle a décidé qu'« [i]l suit [de l'article 136, § 2, alinéa 4, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités] que l'organisme assureur, qui a fourni à la victime d'un dommage résultant d'une maladie, de lésions, de troubles fonctionnels ou du décès l'une des prestations prévues par l'assurance obligatoire, est subrogé à la victime, jusqu'à concurrence du montant de cette prestation, sur la totalité

<sup>151</sup> En sens contraire, voy. R. CAPART et B. DEVOS, « Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie-invalidité », *op. cit.*, p. 135; S. HOSTAUX, *Jurisprudence de cassation en assurance soins de santé et indemnités. Répertoire 1994-2014*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 190 et 191.

<sup>152</sup> Cass., 21 janvier 2009, R.G. n° P07.1816.F.

<sup>153</sup> Cass., 4 mai 1988, *J.T.*, 1989, p. 112.

<sup>154</sup> Cass., 21 avril 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 281, concl. J. M. GENICOT, *N.J.W.*, 2009, p. 219, note I. BOONE, *Pas.*, 2008, p. 944, concl. J. M. GENICOT, *J.J.Pol.*, 2008, p. 203.



des sommes dues, compte tenu du partage éventuel de responsabilité, par le tiers responsable ou par son assureur en réparation de ce dommage, *sans qu'il soit requis que les sommes auxquelles s'étend la subrogation réparent le même élément du dommage que celui auquel correspond la prestation octroyée*, pourvu que l'élément du dommage que ces sommes réparent soit de nature à justifier l'octroi d'une prestation de l'assurance obligatoire<sup>155</sup>.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation privilégie une approche globale du recours subrogatoire de la mutualité<sup>156</sup> qui traduit le recours préférentiel de la mutuelle, l'idée étant de protéger les intérêts de l'assureur maladie-invalidité dans ses possibilités de recours<sup>157</sup>.

En revanche, par un arrêt du 22 septembre 2008<sup>158</sup>, la Cour de cassation a décidé que « [l']interdiction [...] de cumuler les prestations visées par la loi [du 14 juillet 1994] et les indemnités dues en vertu du droit commun ou d'une autre législation, belge ou étrangère, et la subrogation de l'organisme assureur aux droits du bénéficiaire ne s'appliquent que *pour autant que ces prestations et indemnités concernent le même dommage ou la même partie du dommage* »<sup>159</sup>. Elle en a conclu que « [l']organisme assureur qui a payé des indemnités pour incapacité de travail pour une période déterminée n'est pas subrogé aux droits du bénéficiaire en ce qui concerne les montants dont le responsable est redevable en droit commun pour une période subséquente, l'indemnité de droit commun ne couvrant pas, dans ce cas, la même partie du dommage que les indemnités pour incapacité de travail payées par l'organisme assureur ». L'assuré conserve donc son droit de recours contre le tiers responsable pour tous les postes de son préjudice qui ne sont pas effectivement couverts par l'assurance maladie-invalidité, quand bien même ceux-ci relèveraient du domaine d'intervention de la mutualité.

Comme le soulignent Rodrigue Capart et Bruno Devos, la question de l'indemnisation globalisée ou trait pour trait « n'est pas sans incidence sur les droits résiduels de la victime qui, suivant la solution imposée par l'arrêt de la Cour de cassation du 21 avril 2008, voit son action complémentaire, pour les dommages qui ne sont pas couverts par la législation de l'assurance maladie-invalidité, limitée »<sup>160</sup>. En effet, dans l'hypothèse d'une approche globale, la victime ne peut réclamer au tiers que la réparation des préjudices qui sortent du champ d'application de la loi coordonnée du 14 juillet 2014, à l'exclusion de la réparation du préjudice qui excède les indemnités versées par la mutuelle.

<sup>155</sup> Nous soulignons.

<sup>156</sup> S. HOSTAUX, « La subrogation en assurance maladie-invalidité : de nouveaux développements tirés de la jurisprudence de la Cour de cassation (les arrêts du 8 octobre 2007 et 21 avril 2008) », *J.T.T.*, 2008, p. 320.

<sup>157</sup> Conclusions de l'Avocat général J. M. GENICOT précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 21 avril 2008.

<sup>158</sup> Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 22 septembre 2008, R.G. n° C.07.0531.

<sup>159</sup> Nous soulignons.

<sup>160</sup> R. CAPART et B. DEVOS, « Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie-invalidité », *op. cit.*, p. 141.

Dans un jugement du 2 décembre 2014<sup>161</sup>, le tribunal de première instance francophone de Bruxelles, statuant en degré d'appel, s'est penché sur les arrêts – contradictoires – de la Cour de cassation du 21 avril 2008 et du 22 septembre 2008. Il a accordé sa préférence à l'arrêt de la Cour de cassation du 22 septembre 2008 au terme d'une excellente motivation à laquelle nous ne pouvons que renvoyer le lecteur<sup>162</sup>. Ce jugement fait l'objet d'un pourvoi en cassation mais il semble que la Cour n'a pas encore rendu son arrêt ou, du moins, que celui-ci n'a pas encore été publié. Espérons qu'il permettra de trancher définitivement la controverse liée à l'assiette du recours subrogatoire de la mutuelle au profit d'une imputation poste par poste, à défaut de laquelle l'assuré risque d'être privé d'une partie de la réparation de son dommage.

75. Indépendamment de cet arrêt, il nous semble possible de trouver un argument en faveur de la théorie de l'imputation « poste par poste » dans le texte même de l'article 136, § 2, de la loi du 14 juillet 1994. En effet, les alinéas 1<sup>er</sup>, 3 et 5 de cette disposition conduisent, dans les hypothèses suivantes, à un examen poste par poste :

- la mutualité est amenée à payer la différence entre le montant reçu par la victime en droit commun et le montant de l'intervention de l'assurance maladie-invalidité lorsque la réparation effectivement accordée en vertu d'une législation belge, étrangère ou de droit commun est inférieure aux prestations de l'assurance maladie-invalidité<sup>163</sup> ;
- l'organisme assureur est tenu de poursuivre son intervention lorsque, en vertu d'une législation belge, étrangère ou de droit commun, une provision est octroyée de manière générale, sans que le poste indemnisé n'ait été spécifié<sup>164</sup> ;
- la mutualité doit tenir compte du règlement intervenu ensuite de la convention conclue entre le débiteur de la réparation et le bénéficiaire de celle-ci – même si cette convention ne lui est pas opposable lorsqu'elle est intervenue sans son accord (voy. *infra*) – et réduire son intervention en fonction du capital reçu, tout en faisant connaître son désaccord justifié par le fait que certains postes apparaissent sous-indemnisés<sup>165</sup>.

Or, si les alinéas 1<sup>er</sup>, 3 et 5 de l'article 136, § 2, de la loi du 14 juillet 1994 conduisent à un examen poste par poste, nous ne voyons pas ce qui pourrait

<sup>161</sup> Civ. Bruxelles (77<sup>e</sup> ch.), 2 décembre 2014, inédit, cité par A. GILLE, « L'assurance et la victime face à la mutualité », *op. cit.*, p. 172.

<sup>162</sup> Les motifs de cette excellente décision sont repris dans la contribution d'A. GILLE, « L'assurance et la victime face à la mutualité », *op. cit.*, pp. 172 et s.

<sup>163</sup> À cet égard, voy. A. GILLE, « L'assurance et la victime face à la mutualité », *op. cit.*, pp. 182 et 183.

<sup>164</sup> À cet égard, voy. A. GILLE, « L'article 136, § 2, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 et l'interdiction de cumul d'indemnisation entre le dommage en droit commun et les prestations de sécurité sociale », *R.G.A.R.*, 2011, n° 14741<sup>2</sup>.

<sup>165</sup> À cet égard, voy. également A. GILLE, « L'article 136, § 2, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 et l'interdiction de cumul d'indemnisation entre le dommage en droit commun et les prestations de sécurité sociale », *op. cit.*, n° 14.741<sup>6</sup>.



encore justifier une approche globale de l'action subrogatoire inscrite à l'alinéa 4. Il en va de la cohérence du système. À noter qu'une approche différente du préjudice matériel lié à l'incapacité de travail pour l'assureur-loi et pour la mutuelle pourrait d'ailleurs s'expliquer par le caractère subsidiaire de l'intervention de la mutuelle, laquelle est appelée à cesser une fois le dommage effectivement indemnisé par le tiers.

76. Dans l'attente d'un nouvel arrêt concernant l'approche à privilégier pour déterminer l'assiette, la Cour de cassation a rendu, le 15 septembre 2014, un arrêt qui systématise les règles qui régissent l'étendue du recours subrogatoire de la mutuelle en quatre points :

- « les conditions d'octroi des prestations de l'organisme assureur en vertu desquelles [...] celui-ci dispose d'un droit de subrogation, ainsi que le montant de ces prestations, sont régis par la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités ;
- l'action de l'organisme assureur ne peut excéder la somme due en droit commun qui répare partiellement ou entièrement le même dommage ;
- la victime, qui a perçu des prestations de l'organisme assureur pour un dommage résultant d'une incapacité de travail, ne peut réclamer une indemnité de droit commun pour ce même dommage que dans la mesure où cette indemnité excède les prestations de l'organisme assureur, et ce, à concurrence de la différence entre les deux sommes ;
- la différence entre les prestations de l'organisme assureur et l'indemnité de droit commun doit être calculée selon les règles propres à chacun des régimes »<sup>166</sup>.

#### b) *L'indemnité visant à réparer la perte d'une chance*

77. Dans le cadre d'un litige en responsabilité médicale, la cour d'appel d'Anvers a retenu, à charge d'un hôpital et de deux médecins, l'existence d'une faute en lien causal avec la perte de chance d'obtenir une guérison complète. Le patient concerné ayant subi une incapacité de travail temporaire et conservant une incapacité de travail permanente, la cour a alloué une indemnité calculée sur la base de la perte de chance. En raison de la subrogation accordée à la mutuelle par l'article 136, § 2, alinéa 4, de la loi du 14 juillet 1994, elle a toutefois constaté que cette indemnité devait revenir à la mutuelle au motif que celle-ci avait versé à la victime un montant supérieur. Ce faisant, la cour d'appel d'Anvers a estimé que l'indemnisation de la perte de chance et les prestations de l'assurance maladie-invalidité couvraient le même préjudice.

La Cour de cassation a été saisie de cette question d'identité et, par un arrêt du 23 septembre 2013, elle a considéré que « la perte de la chance de récupérer la capacité de travailler ne constitue pas un dommage au sens de l'article 136,

<sup>166</sup> Cass., 15 septembre 2014, R.G. n° C.14.0116.N ; la Cour de cassation a rappelé la troisième règle dans l'arrêt suivant : Cass., 20 octobre 2016, R.G. n° C.16.0014.F.

§ 2, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités »<sup>167</sup>. Il en résulte que les prestations de l'assurance maladie-invalidité sont cumulables avec l'indemnité compensant la perte d'une chance et que la mutuelle ne peut être subrogée dans les droits du bénéficiaire afin de récupérer auprès du tiers responsable ses débours lorsque celui-ci n'est tenu qu'à indemniser une perte de chance, celle-ci étant exclue de l'assiette du recours.

78. La Cour de cassation ayant cassé l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers, l'affaire fut renvoyée devant la cour d'appel de Gand qui, à la lecture de l'arrêt de la Cour de cassation, identifia les différences de traitement suivantes :

- entre les victimes dès lors qu'elles pourraient recevoir une indemnisation plus importante si le dommage consistant en une incapacité de travail est qualifié de perte d'une chance que si le dommage est considéré comme étant réellement subi ;
- entre les organismes assureurs dès lors qu'ils ne peuvent réclamer le remboursement des prestations versées à la victime si le dommage est appréhendé sous l'angle de la perte d'une chance alors qu'ils le peuvent si le même dommage est considéré comme étant réellement subi ;
- entre l'organisme assureur et l'assuré victime dès lors que le premier, pourtant subrogé dans les droits du second, est privé de la possibilité de réclamer le remboursement de ses débours au tiers responsable lorsque le dommage est appréhendé sous l'angle de la perte d'une chance alors que l'assuré victime peut obtenir une indemnisation à charge du tiers responsable.

La cour d'appel de Gand a, par conséquent, posé trois questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle. Par un arrêt du 30 mars 2017, celle-ci a considéré que la distinction entre les indemnités accordées en réparation du dommage réellement subi, qui peuvent être récupérées par l'organisme assureur, et l'indemnisation du dommage résultant de la perte d'une chance, qui ne peut pas être récupérée par l'organisme assureur, si elle repose sur un critère objectif, apparaît disproportionnée en raison de la charge excessive que cela représente pour les organismes concernés ainsi que pour les finances de l'assurance maladie, sans compter qu'elle crée une différence de traitement injustifiée entre les assurés.

La Cour constitutionnelle a, par conséquent, estimé que « [l']article 136, § 2, de la loi AMI, combiné avec les articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil, viole les articles 10 et 11 de la Constitution dans la mesure où il ne subroge pas les organismes assureurs à l'assuré en ce qui concerne l'indemnisation du dommage résultant de la perte d'une chance ou dans la mesure où il ne leur confère pas le droit de réclamer le remboursement des prestations octroyées à l'assuré à concurrence de l'indemnisation de droit commun accordée à ce dernier pour la perte d'une chance »<sup>168</sup>.

<sup>167</sup> Cass., 23 septembre 2013, R.G. n° C.12.0559 N.

<sup>168</sup> C.C., 30 mars 2017, n° 42/2017.



Comme le souligne Nadège Vandenberghe, la Cour renvoie la balle au législateur et, dans l'attente d'une intervention de sa part, laisse le soin aux juges d'appliquer les différents principes examinés conformément à sa jurisprudence<sup>169</sup>.

### 3. *Quid en cas de paiement partiel ?*

79. La doctrine fait traditionnellement état d'un droit de préférence au profit de la mutuelle en cas de partage de responsabilités entre le tiers et la victime bénéficiaire des prestations de la mutuelle. En effet, elle relève qu'afin de déterminer ce qui revient à la mutuelle, il convient, comme nous aurons l'occasion de l'expliquer au titre consacré à l'opposabilité des exceptions, d'appliquer la clé du partage des responsabilités à l'assiette du recours et que le résultat est octroyé préférentiellement à la mutuelle jusqu'à concurrence de ses décaissements, le solde éventuel étant octroyé à la victime<sup>170</sup>.

Ce droit de préférence ne nous paraît toutefois pas résulter clairement de la loi coordonnée du 14 juillet 1994. Doit-on le déduire de l'expression « pour la totalité des sommes qui sont dues » utilisée par l'article 136, § 2, alinéa 4 ? Ou plutôt de l'expression « qui réparent partiellement ou totalement le dommage visé à l'alinéa 1<sup>er</sup> » ? Ces précisions n'ont-elles pas pour seul objet d'indiquer que le partage de responsabilités affecte l'assiette du recours et non son objet ?

Quoi qu'il en soit, les illustrations suivantes sont fournies<sup>171</sup> :

« *Premier exemple* : la mutuelle a effectué des prestations pour 2.478,94 euros. Le dommage de la victime s'évalue en droit commun à 3.718,40 euros mais elle doit supporter un partage de responsabilités  $\frac{1}{2}$  –  $\frac{1}{2}$ .

La dette du responsable est, en droit commun, de 1.859,20 euros. La mutuelle pourra exercer sa subrogation à concurrence de 1.859,20 euros.

« *Deuxième exemple* : la mutuelle a effectué des décaissements pour 2.478,94 euros. Le dommage de la victime s'évalue en droit commun à 7.436,81 euros mais celle-ci doit supporter un partage de responsabilités  $\frac{1}{2}$  –  $\frac{1}{2}$ .

La dette du responsable est en droit commun de 3.718,40 euros. Les débours de la mutuelle étant de 2.478,94 euros, la subrogation de celle-ci s'exercera à concurrence de ces 2.478,94 euros.

« *Troisième exemple* : Les débours de la mutuelle s'élèvent à 2.478,94 euros. Le dommage de la victime s'évalue en droit commun à 1.983,15 euros mais celle-ci doit supporter un partage de responsabilités  $\frac{1}{2}$  –  $\frac{1}{2}$ .

La dette du responsable s'élève en droit commun à 991,57 euros. La subrogation de la mutuelle peut s'exercer à concurrence de ces 991,57 euros ».

Or, comme indiqué lors de l'examen de l'assiette du recours, « la victime qui a perçu des prestations de l'organisme assureur pour un dommage résultant d'une incapacité de travail ne peut réclamer une indemnité de droit commun pour ce même dommage que dans la mesure où cette indemnité excède les prestations de l'organisme assureur, et ce, jusqu'à concurrence de la différence entre les deux sommes »<sup>172</sup>.

Dans la mesure où un droit de préférence semble indiquer que la mutuelle reçoit une priorité au détriment du bénéficiaire, l'existence de ce droit de préférence n'apparaît pas nettement. Dans les exemples cités, il y a lieu de constater que le dommage de la victime a été intégralement indemnisé par les prestations de la mutuelle pour les postes qui relèvent du champ d'application de la loi du 14 juillet 1994 et qu'il ne peut, par conséquent, être question d'un droit de préférence en cas de partage de responsabilités, à tout le moins sans autre précision.

En effet, dans le premier exemple, la victime proméríte en droit commun une indemnisation d'un montant de 1.859,20 euros et a reçu de la mutuelle un montant de 2.478,94 euros. Elle a donc bénéficié d'une réparation intégrale de son dommage.

Dans le second exemple, la victime a droit, en droit commun, à un montant de 3.718,40 euros et elle a reçu de la mutuelle une somme de 2.478,94 euros. Pour obtenir une réparation intégrale de son dommage, elle doit encore recevoir du tiers la somme de 1.239,46 euros. Or, la mutuelle voit son recours subrogatoire limité à un montant de 2.478,94 euros, ce qui laisse subsister un solde de 1.239,46 euros qui échoira précisément à la victime et lui permettra d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice.

Dans le troisième exemple, la victime proméríte, en droit commun, une indemnisation d'un montant de 991,57 euros et elle a reçu de la mutuelle une somme de 2.478,94 euros. Elle voit donc son préjudice intégralement remboursé.

80. En réalité, le droit de préférence ne sera appelé à jouer que dans l'hypothèse où le tiers ne serait pas suffisamment solvable pour supporter l'entière de l'assiette du recours. En pareilles circonstances, l'on ne voit toutefois pas de raison de s'écarter de la règle inscrite à l'article 1252 du Code civil qui accorde la primauté au subrogeant en cas de concours avec le subrogé. En effet, il convient de ne pas perdre de vue le fait que le subrogé, soit la victime bénéficiaire des prestations de la mutuelle, conserve la possibilité de faire valoir ses droits à l'indemnisation des dommages qui ne relèvent pas du champ d'application de la loi du 14 juillet 1994 et qui n'ont, par conséquent, pas été intégrés à l'assiette du recours.

<sup>172</sup> Cass., 20 octobre 2016, R.G. n° C.16.0014.F.

<sup>169</sup> N. VANDENBERGHE, « Perte d'une chance : le combat des Cours suprêmes », *Les Pages*, 2017, liv. 16, p. 3 ; sur cette jurisprudence, voy. également : P. GILLAERTS, « Grondwettelijk Hof geeft duidelijk signaal over recuperatie uitkering door mutualiteit bij verlies van kans », *Juristenkrant*, 2017, liv. 349, p. 2.

<sup>170</sup> A. GILLE, « L'assurance et la victime face à la mutualité », *op. cit.*, p. 172 ; X, « Le recours de la mutuelle », *op. cit.*, p. 8/7.

<sup>171</sup> X, « Le recours de la mutuelle », *op. cit.*, pp. 8/7 et 8/8.



Or, si le tiers n'est pas suffisamment solvable pour désintéresser tant le subrogé que le subrogeant en ce qui concerne l'assiette du recours, il ne sera pas en mesure de verser le moindre euro pour ce qui concerne le dommage résiduaire qui se situe en dehors de l'assiette du recours. L'on ne voit pas pourquoi, en l'absence de règle claire sur ce point, le subrogé aurait la priorité sur le subrogeant qui actionne le tiers pour récupérer ce dommage résiduaire. À moins qu'il ne s'agisse du prix à payer, au-delà des cotisations sociales, pour bénéficier des prestations d'attente versées par la mutuelle...

## C. L'opposabilité des exceptions

### 1. L'exception de transaction

81. L'article 136, § 2, précise, dans un alinéa 5, que « [l]a convention intervenue entre le débiteur de la réparation et le bénéficiaire n'est pas opposable à l'organisme assureur sans l'accord de ce dernier ». Dans un arrêt du 11 octobre 1999, la Cour de cassation a, par conséquent, rappelé que « [l]a transaction intervenue entre le bénéficiaire et l'assureur de la responsabilité n'est pas opposable à l'organisme assureur qui est subrogé de plein droit au bénéficiaire des prestations de l'assurance maladie-invalidité, sans l'accord de l'organisme assureur »<sup>173</sup>.

Pierre Marchal souligne toutefois que « l'assentiment de l'organisme assureur à la transaction entre le bénéficiaire de l'assurance et le tiers débiteur de la réparation ne le prive en aucun cas de son droit subrogatoire, notamment, en cas de non-exécution de la transaction »<sup>174</sup>. Nous n'apercevons pas en quoi l'existence du recours subrogatoire pourrait être impactée par la conclusion de la transaction dans la mesure où celle-ci affectera uniquement l'assiette du recours subrogatoire de la mutuelle.

82. La Cour de cassation a, par un arrêt du 10 novembre 1981, précisé que « cette disposition a une portée générale et s'applique indépendamment de la date de la transaction »<sup>175</sup>. L'alinéa 5 de l'article 136, § 2, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 constitue donc une dérogation au régime de droit commun de la subrogation<sup>176</sup>. En effet, pour rappel, le tiers responsable peut invoquer à l'encontre du subrogé les exceptions qu'il pouvait faire valoir à l'égard du subrogeant si celles-ci sont antérieures à la subrogation. Sans la précision du législateur, la transaction conclue avant la subrogation aurait été opposable à la mutuelle.

<sup>173</sup> Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 11 octobre 1999, *Pas.*, 1999, p. 522; voy. également Bruxelles (ch. suppl. G), 27 mai 1999, R.G. n° 93/AR/291.

<sup>174</sup> P. MARCHAL, « La transaction », *op. cit.*, p. 139.

<sup>175</sup> Cass., 10 novembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 358; voy. également Cass., 12 juin 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 1263, J.T., 1986, p. 668, R.W., 1986-1987, p. 1480, R.G.A.R., 1987, n° 11.266 et 11.317.

<sup>176</sup> Pour une confirmation, voy. B. DE CONINCK, « La transaction », in *Les contrats spéciaux. Chronique de jurisprudence 1996-2000*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 216.

Par un arrêt du 8 février 1990, la Cour de cassation a encore précisé que « cette disposition empêche que [...] le débiteur de la réparation, fût-il de bonne foi, oppose audit organisme assureur la convention que ce débiteur a conclue avec l'affilié de cet organisme ». Elle a, par conséquent, estimé qu'« en décidant que la convention de transaction conclue par la défenderesse et l'affilié de la demanderesse était opposable à celle-ci aux motifs que l'inopposabilité visée à l'article 70, § 2, alinéa 5, précité, ne viserait que les rapports entre les organismes assureurs et le bénéficiaire et que le débiteur de la réparation pouvait se prévaloir de l'article 1240 du Code civil, le jugement attaqué ne justifie pas légalement sa décision »<sup>177</sup>.

Cette solution doit être rapprochée de celle dictée par l'arrêt de la Cour de cassation du 24 octobre 2001 à propos de l'assureur-loi et s'explique par le fait que l'assureur-loi et la mutuelle participent au système de sécurité sociale. En effet, l'alinéa 5 de l'article 136, § 2, « tend à ne pas répercuter la réparation du dommage sur la communauté et à restreindre les dépenses de l'Institut national de l'assurance maladie-invalidité (INAMI). Elle est d'ordre public. Le débiteur de la réparation du dommage qui aurait exécuté la transaction, conclue sans l'accord de l'organisme assureur, ne saurait se prévaloir de l'article 1240 du Code civil, fût-il de bonne foi »<sup>178</sup>.

### 2. Le partage des responsabilités

83. L'article 136, § 2, prévoit, en son alinéa 4, que la subrogation vaut « pour la totalité des sommes qui sont dues en vertu d'une législation belge, d'une législation étrangère ou du droit commun et qui réparent partiellement ou totalement le dommage visé à l'alinéa 1<sup>er</sup> ». La subrogation dont bénéficie la mutuelle s'étend donc à la totalité de ce qui est dû par le tiers en réparation du même dommage que celui pour lequel la mutuelle est intervenue. En cas de partage de responsabilités, c'est sur l'assiette du recours qu'il convient d'appliquer la clé de partage des responsabilités<sup>179</sup>. Il est donc aujourd'hui acquis que celui-ci influence l'assiette du recours, et non son objet.

Cette question a toutefois nécessité que la subrogation accordée à la mutualité repasse sur le métier. En effet, l'ancêtre de l'article 136, § 2, de la loi du 14 juillet 1994, à savoir l'article 70, § 2, de la loi du 9 août 1963 instituant et organisant un régime d'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, se contentait d'indiquer que « [l]'organisme assureur est subrogé de plein droit au bénéficiaire ». Sur la base de cet article, la Cour de cassation a, en présence d'un accident dont la responsabilité incombait pour moitié à la victime et pour moitié au prévenu, rendu le 11 juin 1974 un arrêt libellé en ces termes : « l'organisme assureur reste tenu du paiement de la fraction des indemnités corres-

<sup>177</sup> Cass., 8 février 1990, R.G. n° 8522.

<sup>178</sup> P. MARCHAL, « La transaction », *op. cit.*, p. 139.

<sup>179</sup> A. GILLE, « L'assurance et la victime face à la mutualité », *op. cit.*, p. 172.



pendant à la part de responsabilité qui n'incombe pas au tiers»<sup>180</sup>. Ce faisant, la Cour de cassation décidait que le partage de responsabilité influence l'objet du recours. Cette solution a suscité de nombreuses critiques liées au fait que la victime recevait davantage que le dommage qu'elle subissait et obtenait ainsi une indemnisation supérieure à celui-ci<sup>181</sup>.

En réaction à cet arrêt, l'arrêté royal n° 19 du 4 décembre 1978 modifiant et complétant l'article 70 de la loi du 9 août 1963 instituant et organisant un régime d'assurance obligatoire contre la maladie et l'invalidité a ajouté la précision suivante : «cette subrogation vaut à concurrence du montant des prestations octroyées, pour la totalité des sommes qui sont dues en vertu d'une législation belge, d'une législation étrangère ou du droit commun et qui réparent partiellement ou totalement le dommage visé à l'alinéa 1<sup>er</sup>». L'adoption de cet arrêté a été justifiée par le souci de «protéger les intérêts de l'assurance maladie-invalidité dans ses possibilités de récupération auprès de tiers responsables, des prestations octroyées lorsque le tribunal a prononcé un partage de responsabilité. Même si la responsabilité n'est que partielle, l'organisme assureur pourra poursuivre la récupération des prestations à concurrence de l'entier des sommes mises à charge d'un tiers»<sup>182</sup>.

84. La Cour de cassation a aligné sa jurisprudence sur la modification légale. Elle constate dorénavant que «l'organisme assureur est subrogé dans les droits du bénéficiaire pour l'intégralité des prestations octroyées, même si la responsabilité du dommage couvert par ladite loi ne résulte que partiellement de la faute d'un tiers ; dans ce cas, la subrogation de l'organisme assureur s'étend à l'intégralité des sommes dues par le tiers responsable en réparation du dommage couvert par la loi, sans pouvoir excéder le montant des prestations octroyées»<sup>183</sup>.

Elle a confirmé cette jurisprudence sous l'empire de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 en indiquant, dans un arrêt du 2 mars 2011 que «[l]e total des décaissements effectués par le subrogé au profit de la victime ainsi que le montant revenant à celle-ci en vertu du droit commun et couvrant le même dommage constituent les limites de la subrogation, celle-ci ne se bornant pas, en revanche, à une fraction des débours, correspondant à la part de responsabilité du tiers dans le dommage». Le principe de la réparation intégrale du dommage est ainsi préservé tant dans le chef de la victime que dans le chef du tiers responsable. Comme le souligne la Cour de cassation dans ce même arrêt, «le total du montant octroyé à la victime et de celui alloué à l'organisme assureur ne peut excéder la somme due en vertu du droit commun à titre de réparation par le tiers responsable ou son assureur, compte tenu d'un éventuel partage de responsabilité».

<sup>180</sup> Cass., 11 juin 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 1046.

<sup>181</sup> S. HOSTAUX, «La subrogation en assurance maladie-invalidité : de nouveaux développements tirés de la jurisprudence de la Cour de cassation (les arrêts du 8 octobre 2007 et 21 avril 2008)», *op. cit.*, p. 318.

<sup>182</sup> Rapport au Roi précédant l'A.R. n° 19 du 4 décembre 1978, *Pasin.*, 1<sup>er</sup>-4 décembre 1978, p. 2151.

<sup>183</sup> Cass., 11 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 922.

Par un arrêt du 9 février 2015, la Cour de cassation a encore rappelé que la subrogation consentie à l'organisme assureur par l'article 136, § 2, alinéa 4, de la loi du 14 juillet 1994 «ne se limite pas à la fraction des prestations fournies correspondant à la part de responsabilité du tiers dans le dommage causé»<sup>184</sup>.

La doctrine analyse traditionnellement cette question du partage de responsabilité avec celle d'un droit de préférence reconnu à la mutuelle. Comme indiqué au titre du paiement partiel, cette approche ne nous paraît pas justifiée dans la mesure où le principe de la réparation intégrale ne permet à la victime d'obtenir l'indemnisation de *tout* son dommage que dans les limites de la responsabilité du tiers.

## D. L'existence d'un droit propre

85. En vertu de l'article 136, § 2, alinéa 8, de la loi du 14 juillet 1994, la mutualité dispose d'un droit propre à l'encontre du Fonds commun de garantie belge. Dans un arrêt du 11 septembre 1995, la Cour de cassation a précisé que ce droit propre n'a pas un caractère subrogatoire<sup>185</sup>. Elle semble pourtant y avoir appliqué les mêmes limites.

Par un arrêt du 29 septembre 1995, la haute juridiction a précisé que lorsque la responsabilité d'un accident est partagée entre la personne lésée par un accident et un tiers conduisant un véhicule non identifié ou non couvert par une assurance, l'exercice, par l'organisme assureur de la maladie-invalidité, du droit propre qui lui est reconnu est limité, d'une part, au montant des prestations octroyées par l'organisme assureur et, d'autre part, à l'indemnisation maximale à laquelle le tiers, auteur du dommage, est tenu à l'égard de la victime en matière de réparation du préjudice corporel de nature patrimoniale<sup>186</sup>. Ces deux limites ne renvoient-elles pas à l'objet et à l'assiette du recours subrogatoire ? Dans la mesure où l'étendue du recours direct semble identique à l'étendue du recours subrogatoire, le droit propre accordé à la mutuelle ne paraît pas présenter un grand intérêt.

Par un arrêt du 10 octobre 2000, la Cour de cassation a estimé que ce droit propre permet à l'organisme assureur de récupérer ses décaissements dans les mêmes cas et dans la même mesure que le droit à réparation à la charge

<sup>184</sup> Cass., 9 février 2015, R.G. n° C.14.0210.N.

<sup>185</sup> Cass., 11 septembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 788, R. Cass., 1998, p. 21, note B. TIMMERMAN.

<sup>186</sup> Cass., 29 septembre 1995, J.T., 1996, p. 300, *Bull. ass.*, 1996, p. 229, R.W., 1996-1997, p. 12, *Pas.*, 1995, I, p. 865, R.G.A.R., 1997, n° 12.745.



du Fonds dont dispose la personne lésée<sup>187</sup>. La référence aux décaissements de l'organisme assureur et à la mesure du droit à la réparation à charge du Fonds dont dispose la personne lésée fait à nouveau penser à une comparaison entre l'objet et l'assiette du recours. Or, l'avantage d'un droit propre est qu'il ne dépend pas des droits de la victime elle-même. À partir du moment où le droit propre reconnu à la mutuelle est soumis aux mêmes limites que celles qui conditionnent l'action de la personne lésée, on se demande s'il peut véritablement être question d'un droit propre et non d'un recours subrogatoire.

Dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation a pourtant écarté l'argument du Fonds commun de garantie belge selon lequel la victime n'avait pas droit à l'indemnité puisqu'elle était visée par l'exclusion, énoncée à l'article 17 de l'arrêté royal du 16 décembre 1981, en raison de sa qualité de gérant de la voiture non assurée. Le fait que cette exclusion n'a pas été retenue doit-il conduire à la conclusion que la mutuelle peut tout de même se détacher des droits du bénéficiaire? Rien n'est moins sûr.

Ce droit propre expressément prévu par le législateur semble, par conséquent, présenter beaucoup moins d'intérêt que celui reconnu à l'employeur public. On y voit un paradoxe puisque le premier doit apparemment se fondre dans les limites traditionnellement assignées à un recours subrogatoire alors même qu'il est expressément prévu tandis que le second permet, en l'absence de texte, de contourner les limites liées à la subrogation.

86. Pour le surplus, la Cour de cassation a, par un arrêt du 3 septembre 2003, rappelé qu'«en accordant à [ceux qui ont souffert un dommage causé par une infraction] des prestations de l'assurance maladie-invalidité, l'organisme assureur ne subit pas un dommage causé par une infraction mais exécute une obligation légale»<sup>188</sup>. Ce faisant, elle a refusé de reconnaître à la mutualité un droit propre similaire à celui qu'elle a reconnu à l'employeur public et, de manière extrêmement curieuse, elle a manifesté ce refus en marquant un retour à la théorie de la rupture du lien causal par une cause juridique propre, théorie qu'elle semblait pourtant avoir abandonnée aux termes de ses arrêts du 19 février 2001 consacrant le droit propre de l'employeur public. Le résultat, à savoir l'absence de reconnaissance d'un recours direct dans le chef de la mutuelle, doit toutefois être approuvé.

<sup>187</sup> Cass., 10 octobre 2000, *Pas.*, 2000, p. 534, *Arr. cass.*, 2000, p. 534: «Overwegende dat uit deze bepalingen volgt dat de verzekeringsinstelling een eigen recht van terugvordering bezit in dezelfde gevallen en in dezelfde mate als de benadeelde een recht van vergoeding ten laste van het fonds heeft».

<sup>188</sup> Cass., 3 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1346, *R.G.A.R.*, 2005, n° 13.967, *R.G.D.C.*, 2005, p. 497.

## Conclusion

87. Au terme de cette approche transversale du recours des tiers payeurs que sont l'assureur privé, l'assureur-loi et la mutuelle, nous constatons que la subrogation qui leur est accordée révèle des difficultés similaires. Ces difficultés surgissent dès l'identification des droits dans lesquels le tiers payeur est subrogé. Seule la mutuelle semble y échapper. L'assureur privé et l'assureur-loi voient, en revanche, leur recours compromis par un texte légal parfois trop restrictif. Ainsi, le premier est-il subrogé contre le «tiers responsable du dommage», alors qu'il devrait l'être contre le tiers et l'assureur de celui-ci. Ainsi, le second est-il subrogé dans les droits de la victime ou de ses ayants droit «vis-à-vis du responsable de l'accident du travail», alors qu'il devrait l'être dans les droits de la victime vis-à-vis du responsable du dommage. Or, ces limitations malheureuses risquent de conduire à des entorses aux règles chapeautées par le principe indemnitaire, alors même que celui-ci constitue l'essence même du régime de la subrogation accordée aux tiers payeurs.

Ces difficultés paraissent pouvoir être écartées en recourant à la subrogation de droit commun et à l'article 1251, 3°, du Code civil. Si la possibilité, pour le tiers payeur, de mobiliser cette disposition a été confirmée par la Cour de cassation, la modification du Code civil visant à indiquer que ces subrogations particulières s'inscrivent dans ce droit commun ne peut qu'être encouragée. En effet, il nous paraît que le recours des tiers payeurs doit être ancré dans la subrogation de droit commun avec comme conséquence que les règles de celle-ci sont supposées maintenues, à défaut de dérogation explicite. Ainsi, l'application de l'actuel article 1252 du Code civil, repris à l'article 293 de l'avant-projet de réforme du Code civil, permettrait de trancher les questions que soulève la coexistence du recours entre le subrogeant et le subrogé. À cet égard, l'exposé des motifs de l'avant-projet de réforme du Code civil en ce qui concerne les obligations précise que dans les cas où le législateur reconnaît au tiers payeur un recours subrogatoire, «le droit commun de la subrogation, tel qu'il est exposé dans les dispositions suivantes, s'applique en l'absence de volonté contraire du législateur». C'est d'ailleurs ce droit commun qui, sauf disposition contraire comme l'article 136, § 2, alinéa 5, de la loi du 14 juillet 1994, explique le régime de l'opposabilité des exceptions.

88. À côté des difficultés liées à l'identification des protagonistes, l'appréciation de l'étendue du recours des tiers payeurs n'apparaît pas en reste, l'identification des postes relevant de l'objet et de l'assiette du recours n'étant pas toujours évidente. Or, il apparaît indispensable de déterminer précisément l'étendue des recours des tiers payeurs sous le prisme d'une évaluation poste par poste et d'une nomenclature précise des chefs de préjudice réparables, accompagnée d'une table de concordance entre les prestations versées par les tiers payeurs et les postes de préjudice sur lesquels ils peuvent s'imputer. Bernard Dubuisson appelle donc de ses vœux une intervention du législateur desti-



née à régler globalement le recours des tiers payeurs<sup>189</sup>. Au vu des questions que pose régulièrement l'étendue des recours des tiers payeurs, nous ne pouvons qu'abonder dans son sens.

89. Enfin, et conformément aux critiques que soulève la jurisprudence de la Cour de cassation concernant le recours direct de l'employeur public, il nous semble que le recours des tiers payeurs ne devrait pas être contaminé par la reconnaissance d'un droit propre mais circonscrit aux limites de la subrogation. En effet, seule cette dernière base permet d'assurer le respect du principe indemnitaire et de son corollaire, étant le transfert de la charge du dommage sur les épaules du tiers responsable.

<sup>189</sup> B. DUBUISSON, « L'inflation des recours directs fondés sur l'article 1382 du Code civil ou la transfiguration des tiers payeurs », in *La rupture du lien causal ou « l'avènement de l'action directe et le déclin du recours subrogatoire » ?*, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2007, p. 254.